BIBLIOTHECA SCIENTIFICA BRASILEIRA

☆ Collecção Economica e Juridica, vol. 214 ☆

FONTES E EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Obras principaes do mesmo autor:

PHILOSOPHICA:

Theoria do Conhecimento (no prelo)

SOCIOLOGICAS:

Introducção á Sociologia Geral (1.° Premio da Academia)
Sociologia Esthetica (no prelo)
Introducção á Politica Scientifica

JURIDICAS:

Systema de Sciencia Positiva do Direito, 2 vols.
Historia e Pratica do Habeas-Corpus
Direito de Familia
Dos Titulos ao portador
Da Promessa de Recompensa
Das Obrigações por Actos illicitos, 2 vols.
Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro

EM ALEMÃO:

Die Zivilgesetze der Gegenwart, Band III: **Brasilien (Einleitung von Dr. Pontes de Miranda),** unter Mitwirkung von Dr. Pontes de Miranda u. Dr. Fritz Gericke herausgegeben von Dr. Karl Heinsheimer.
Rechtsgefühl und Begriff des Rechts, Berlin, 1922.
Subjektivismus und Voluntarismus im Recht, no livro jubilar do prof. Ernst Zitelmann
Begriff des Wertes und soziale Anpassung

LITERARIAS:

A Sabedoria dos Instinctos (1.° Premio da Academia)
A Sabedoria da Intelligencia
O Sabio e o Artista, edição de luxo.

SOBRE O AUTOR:

O Direito como Sciencia Positiva na Obra scientifica de Pontes de Miranda, pelos professores Clovis Bevilaqua e Nuno Pinheiro
A Politica Scientifica de José Bonifacio a Pontes de Miranda, pelo dr. Americano do Brasil.

BIBLIOTHECA SCIENTIFICA BRASILEIRA
DIRIGIDA PELO DR. PONTES DE MIRANDA
V Collecção Economica e Juridica, vol. CCXIV

PONTES DE MIRANDA
Prof. honorario da Universidade do Rio de Janeiro

FONTES E EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Livraria, Papelaria e Litho-Typographia
PIMENTA DE MELLO & C.
Rio de Janeiro
1928

A' DOUTA CONGREGAÇÃO

DA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO RIO DE JANEIRO

P R E F A C I O

PREFACIO

Devo este livro a desprevenido amor da documentação. Eram notas pessoaes. Depois, aproveitei o material — tornado vasto e minudente — para as partes de que me incumbi em duas notaveis e opulentas obras alemãs (*Die Zivilgesetze der Gegenwart*, e *Handwörterbuch für vergleichende Rechtswissenschaft*). Duas conferencias que realizei no Instituto e tres no Club dos Advogados animaram-me a redigir esta obra, mais honesto trabalho que brilhante execução.

Possa elle servir aos que amam o estudo do Direito e suscitar a meditação dos leitores perspicazes.

INDICE DAS MATERIAS

INTRODUCÇÃO

LEIS DE EVOLUÇÃO SOCIAL E FUNCÇÃO SOCIAL DO DIREITO. — O CODIGO CIVIL

PARTE I

EVOLUÇÃO HISTORICA DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

CAPITULO I

Formação do Direito luso-brasileiro; fontes do direito até 31 de dezembro de 1916

CAPITULO II

Fontes do Direito Civil antes do Codigo

CAPITULO III

As tentativas de codificação — O projecto primitivo

PARTE II

SYSTEMA E CARACTER DO CODIGO CIVIL

CAPITULO I

A Distribuição das materias e a Introducção ao Codigo Civil

INTRODUCÇÃO

CAPITULO II

A Parte Geral do Codigo Civil

CAPITULO II

Parte Especial: distribuição geral das materias e Direito de Familia

Direito de Familia

CAPITULO III

Direito das Coisas

CAPITULO IV

Direito das Obrigações

125. *Especies de obrigações,* solidariedade, clausula penal — 125 A. Alterações ao direito anterior — 126. Algumas comparações — 127. *Effeitos das obrigações* — 128. Pagamento em determinada moeda — 129. Mora — 130. Pagamento indevido — 131. Pagamento por consignação — 132. Pagamento com subrogação — 133. Imputação do pagamento — 134. Dação em pagamento — 135. Novação — 136. Compensação de dividas — 137. Transacção — 138. Compromisso — 139. Confusão — 140. Remissão de divida — 141. Consequencias da inexecução das obrigações — 142. Perdas e damnos — 143. Juros legaes — 144. *Cessão de creditos* — 145 Cessão de direitos litigiosos — 146. Fórma de cessão — 147. Notificação ao devedor — 148. Multiplicidade de notificações — 149. Excepções do devedor — 150. *Contractos.* A vontade nos contractos e a proposta de contracto — 151. Contractos por correspondencia — 152. Precontracto — 153 Herança de pessoa viva — 154. Interpretação dos contractos — 155. Contractos bilateraes — 156. Arrhas — 157. Estipulação em favor de terceiro — 158. Vicios redhibitorios — 159. Evicção — 160. Contractos aleatorios — 161. *Especies de contractos.* Compra e venda — 162. Retrovenda — 163. Venda a contento — 164. Venda por amostras — 165. Preempção ou preferencia — 166. Pacto de melhor comprador — 167. Pacto commissorio — 168. Troca — 169. Doação — 170. Revogação da doação — 171. Locação de coisas — 172. Locação de predios — 173. Locação de serviços — 174. Empreitada — 175. Commodato — 176. Mutuo — 177. I. Deposito voluntario — 178. II. Deposito necessario — 179. Re-

CAPITULO II

Defeitos: Lacunas e Incorrecções

CAPITULO III

Caracteristicas do Direito Brasileiro e Traços proprios do Codigo Civil

INTRODUCÇÃO

INTRODUCÇÃO

LEIS DE EVOLUÇÃO SOCIAL E FUNCÇÃO SOCIAL DO DIREITO — O CODIGO CIVIL

Para medir é preciso o estalão, o processo comparativo, o assignalar de marcos, de graus, de estagios.

Não é possivel julgar, com independencia e solidez de julgamento, o direito de um povo, sem conferi-lo com o que se assentou em Sociologia juridica, com o que se sabe sobre evolução do direito. Qualquer outro criterio será subjectivo. Não será scientifico. Em sciencia, procura-se eliminar o *criterio pessoal* e substitui-lo pelo das *coisas*. As leis de evolução, as leis cyclicas e sobretudo o que vemos succeder a formas que serviram aos nossos antepassados dos seculos immediatos, — tal o material, de que necessitamos, sempre que nos proponhamos a examinar, expor e criticar o systema juridico de um povo. O assumpto que ora nos cabe tratar é restricto ao direito civil, o que assaz limita o objecto do nosso estudo.

Será situar no tempo e no espaço o Codigo Civil o escopo primacial deste volume.

1. Adaptação social. — São condições exteriores e interiores que tornam necessarias as adaptações, sem as quaes não

se estabeleceria o "modus vivendi" e morreriam os seres. Tal o conceito que nos deve guiar no methodo objectivo, capaz de nos assegurar o conhecimento scientifico.

A pedra angular da adaptação animal devem de ser as sensações. São os signaes do *contacto* com o mundo. Distinguem de modo rudimentar e mecanico, e sem nenhuma obscuridade, o que é util e o que é prejudicial. E' a criadora do prazer e da pena. Já então não se podem explicar todas as transformações dos seres vivos pela influencia directa do meio; ha algo de individual que se insere. — e *differentemente,* pelo menos em *quantidade,* serão "avisados" os seres. Todos evitarão soffrer, quando a sensação lhes der aviso. e procurarão utilizar o que o prazer revelar, mas nem todos com o mesmo impulso e a mesma pressa e o mesmo acerto. Nas suas origens mais remotas, não era outra coisa o phenomeno juridico: resultado de penas que se evitavam e de prazer que se buscava.

A consciencia não intervinha; tudo se realizava como se não pudesse ser de outro modo. Quando o individuo começa a conhecer os phenomenos naturaes e *evitá-los* ou *utilizá-los* por outros meios mais complicados e mais altos que a sensação, é que surge para elle o sentimento da liberdade, susceptivel de crescer com a complicação objectiva das reacções ao prazer e á pena, ou revelados pela sensação, que continúa de ser agulha de marear dos seres vivos, ou previstos pelo conhecimento dos phenomenos do universo. Ao aviso posterior — "não persista" — que caracteriza a funcção primitiva da dor, succede a advertencia prévia — "não faça" — que já denuncia a conversão do indicativo no imperativo, do *conhecimento* na *acção*, da sciencia na arte. da intelligencia na moral. A propria liberdade, que é, precipuamente. o dado moral, surge á medida que, deante da fatalidade das leis da natureza, sentem os homens o conhecimento destas leis. E' conhecendo-as que as utilizam, e a utilização, com o facto novo da consciencia, não poderia produzir, no ho-

mem, que assim evolvia, senão o sentimento da autonomia, da intervenção, da liberdade. No substancial, continuam a evitar o que pode ou parece ser prejudicial, e a tirar da ambiencia, em que vivem, quanto lhes possa ser util. Com as combinações de phenomenos, as classificações, as invenções, etc., que são aperfeiçoamentos theoricos e praticos do saber humano, accentúa-se a escolha assaz diversificada, e, no proprio ser, o sentimento mais vivo da liberdade. De modo que a liberdade é phenomeno biologico, que não pode ser *elidido*, como não se poderiam elidir, nos animaes superiores, a espinha, o systema nervoso, os olhos (1).

E' commum a todos os seres o meio cosmico, mas não basta á vida: cada organismo ha de elaborar o seu meio vital, constituido pelo sangue, a lympha, os liquidos intersticiaes que banham o protoplasma, e distincto do meio exterior. Na propria estructura chimica deve assentar a individualidade, como, através das successivas gerações, a perenidade da especie. Daí derivarem da differente natureza chimica dos constituintes cellulares as diversidades morphologicas, conforme as pesquisas experimentaes de Armand Gautier, correspondentes ás distincções naturalistas de especie e raça. Mecanismos reguladores aperfeiçoadissimos presidem rigorosamente á constituição do plasma e por isto se apresenta este, quasi sempre, á analyse, formado das mesmas substancias fundamentaes em quantidade sensivelmente constante (B i e r r y). Devido ás desaggregações e aggregações das mesmas substancias, é apparente aquella fixidez ou, pelo menos, a *constancia*, a despeito das operações vitaes de destruição e de renovação. O organismo só permitte entrada, em seu meio vital, aos materiaes desprovidos dos caracteres das especies estranhas de que provêm; e mais ainda: apenas tolera substancias que mostrem forma adequada, proveniente

---

(1) PONTES DE MIRANDA, *Begriff des Wertes und Soziale Anpassung*. Berlin 1926, pags. 5, 6.

delle ou de orgão. Tudo isto, não sómente evidencia a especialidade zoologica, e especificidade de origem, como tambem o lado *positivo*, ou, mais exactamente, *activo*, da adaptação: a propria escolha chimica dos elementos constituintes do meio vital.

A adaptação é a grande lei da Vida, e do mundo não vivo. A historia dos seres escreve-se, capitaliza-se nelles. Os nossos actos nos acompanham.

Tudo que existe tem de harmonizar-se, de adaptar-se. Crystallizações, leis, disciplinas. A' mesma condição submettem-se a materia bruta, os seres vivos e os grupos sociaes. Se observamos a vida humana, vemos que a acção precisa ser coherente, para que o acto de hoje continue o esforço do acto de ontem e ponha o individuo em condição de resistir, de perseverar. Tudo isto nasce da adaptação. E' disto que resultam a Religião, a Moral, o Direito. São disciplinas.

Mas se-lo-ão menos a Politica, a Economia, a Arte, a Sciencia? — A Sociologia, como capitulo da Physica, ou da Biologia, ou como sciencia independente, tem de considerar religião, moral, direito, politica, arte, economia e sciencia (conhecimento) como processos adaptativos. E duas leis fundamentaes logo resultam: a da dilatação dos circulos sociaes e a da diminuição da violencia, do *quantum* despotico (1). Servem ellas para verificarmos se uma regra nova é signal de evolução ou de retrocesso social.

Mas taes leis se prendem ás leis universaes de adaptação, de symetria (Pierre Curie). O momento B de determinada sociedade, se não ha elementos estranhos e perturbadores, tem de ser mais rico de symetrias que o momento A. Só a dissymetria cria phenomenos.

---

(1) PONTES DE MIRANDA, *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, Rio de Janeiro 1922, vol. I, pags. 204, 458; — *Introducção á Politica Scientifica*, Rio de Janeiro 1924, pags. 30 e seguintes.

Além de tudo que condiciona a vida vegetal e animal, tem o homem a acção especifica de certos processos adaptativos (religião, moral, esthetica, etc.). Nem só a Ecologia (no senso estricto), nem ella e a Anthropogeographia bastariam á explicação do Homem. Nem elle é só o producto do meio physico, nem só da raça e do meio, ou delles e do genero de vida. A tudo isto têm-se de accrescentar os principaes processos sociaes de adaptação, especificos e meramente sociologicos: I Religião, II Moral, III Direito, IV Arte, V Politica, VI Economia, e VII Conhecimento, que tambem este é social. Uns são mais variaveis e variadores do que outros, de modo que da religião, da moral e da arte poderiamos dizer que fixam, que são frenadores, do direito e da politica que o são menos, da economia menos do que todos elles e sómente mais do que a moda, o mais instavel de todos. A cada um delles acompanha certo coefficiente de despotismo: em ordem decrescente, politica, economia, religião, direito, moral, esthetica e sciencia.

Mas o que sobretudo interessa ao technico do direito é saber quaes as leis evolutivas, sem as quaes será impossivel *apreciar* qualquer regra ou medida legal. Seria o dominio das asseverações meramente opinativas.

Estes processos de adaptação social são dotados de propriedades especiaes e physicas, que antes estudámos noutros lugares (1), além da especificidade ou valor qualitativo. Na propria evolução dos povos, verifica-se o cyclo da preponderancia delles (2), de modo que, postos em linha — Religião, Moral, Arte, Sciencia, Direito, Politica, Economia, — *tende* a crescer a importancia relativa dos que occupam os lugares do meio da lista.

---

(1) *Introducção á Sociologia Geral*, pags. 235-242; — *Boletim do Instituto Brasileiro de Sciencias* (sessão de outubro de 1925), pag. 8.

(2) *Boletim do Instituto Brasileiro de Sciencias* (sessão de dezembro de 1925).

A compressão dos individuos constitue, senão uma necessidade provisoria, necessidade progressivamente menor. Isto porque: a liberdade dos individuos é funcção da adaptação social *realizada*; a collaboração espontanea só se substitue á coacção quasi mecanica das sociedades primitivas, porque se conta com aquella adaptação, que foi, algum dia, juro de organizações mais despoticas, porém juro que se capitalizou.

2. Estabilidade e evolução do Codigo Civil. — Comparados entre si differentes systemas sociaes (clans, tribus, cidades, Estados), verifica-se que aquelle em que a religião prepondera é o mais estavel. Se ha predominio da moral, diminue a estabilidade. E assim, progressivamente, se encadeamos, como conjunto continuo e bem ordenado, os sete processos adaptativos: religião, moral, arte, conhecimento, direito, politica, economia. Occupa o direito o quinto lugar, de modo que a intervenção de considerações religiosas nas codificações tem o effeito evidente de fazer recuar ou, pelo menos, fixar no momento A, em que se escreveu a lei, o pensamento legislativo. Mas raramente se limita a conservar, procura puxar para o passado.

Verificamos isto no Codigo Civil brasileiro? O primeiro exemplo, que nos lembra, é o do divorcio *a vinculo*. A despeito das discussões favoraveis, nada logrou. Não o quís o *Esboço* de Teixeira de Freitas (art. 1.379), nem os Projectos de Coelho Rodrigues (art. 2.111) e de Bevilaqua (arts. 385, 386), nem, tão pouco, o revisto (art. 394). Não podia occorrer differentemente: onde deixava o divorcio *a vinculo* de ser impedido, profligado, pelo catholicismo, obstava-o o positivismo comtiano, cuja influencia, no fim do Imperio e começo da Republica, foi profunda nas classes dirigentes e nos factores do movimento republicano. De qualquer modo, era intervenção religiosa na elaboração da lei. Se aquelles, em cujo

espirito predominavam as concepções materialistas, oriundas do Recife, em cuja Faculdade de Direito Haeckel e os biologos alemães constituiam o fundo commum da philosophia vigente, ousaram, no Congresso, defender o divorcio, combateram-no, renhidamente, os catholicos e os positivistas comtianos, entre elles, se bem que attenuado no seu comtianismo, Clovis Bevilaqua, que ainda reputa "assustadora" a tendencia dos paises para o divorcio.

Até onde lho vedavam principios constitucionaes da Republica, apresentou o Codigo, sob a influencia da Commissão revisora, profundamente catholica, signaes evidentes deste impulso para trás, deste recuar no tempo, a que obrigava a massa social o exagerado coefficiente de estabilidade, provindo da religião. No art. 827 IV, a primeira edição official do Codigo falava em "pessoas juridicas que não tinham a administração de seus bens", indiscutivel reminiscencia do direito anterior relativo aos mosteiros, igrejas e corporações de "mão morta", incompativeis com o direito constitucional iniciado com a Republica. Denunciado o erro absurdo, a Lei n. 3.017, de 1 de janeiro de 1916, emendou o art. 827 V.

3. **Dissymetrias.** — A idade nupcial é differente para o homem e para a mulher (18 annos o homem, 16 a mulher), art. 183 XII, o que constitue symetria intraindividual e dissymetria interindividual, devido á nubilidade feminina. Mas apagou o Codigo a dissymetria interindividual quanto ás incapacidades absoluta e relativa (arts. 5 e 16, 16 annos para ambos os sexos). Quanto á capacidade de testar (art. 1.627, I) e quanto ao valor da prova testemunhal (art. 142, III), já se havia dissipado a desigualdade, desde o direito luso-brasileiro, e nunca, no Brasil, se conheceu a differença, salvo nos testamentos or-

dinarios (Carlos de Carvalho, *Nova Consolidação*, art. 1.770). o que o Codigo Civil, art. 1.650, não tolerou.

Restam dissymetrias *já* absurdas: o pae, viuvo, que se casa, não perde o usufructo dos bens do filho do leito anterior, mas perde-o a mãe viuva que contrae nupcias (arts. 394, 389), desigualdade esta que destôa do criterio igualizador do art. 225.

4. **Phases da mentalidade juridica** — Nos processos adaptativos, cada povo deixa alguma coisa, que é *sua*, e o *mundo social reflecte sempre o grau do conhecimento humano*. Donde duas consequencias capitaes: a cada phase de evolução social, a cada mentalidade juridica, corresponde determinado typo de direito; e em todos os systemas juridicos a psychologia dos povos se reflecte. Assim, temos de attender a duas considerações:

I. Em qualquer Codigo podemos examinar o grau de evolução mental, que o caracteriza, — criticar-lhe o empirismo, o apriorismo das suas regras. Empiria, intuição; apriorismo, deducção; sciencia, investigação experimentalo-inductiva.

II. Na exposição das regras que constituem um Codigo, todo povo, escolhendo-as, como que se escolhe a si mesmo, — as suas qualidades e os seus defeitos reflectem-se na obra litteraria e no pensamento do codigo. O *Code Civil* é revolucionario e napoleonico. No B. G. B., lei sabia e forte, põe-se em relevo o caracter educacional, didactico, com postulados fundamentaes, denunciadores de subtil e discutida cultura juridica: as formulas concretas, as remissões de uns artigos aos outros, a terminologia nova e rica, rigorosa e entrelaçada pelo methodo e a construcção logica, bem mostram o povo administrativo, pensador, technico, que o concebeu. Differente é o Codigo Civil suiço: é conciso, pratico, exacto, popular, com as suas formulas geraes que algumas applicações importantes desvendam

aos leigos. De boa apparencia; mas de boa apparencia familiar, digamos, *domestica*: não é a construcção cerrada, opulenta, entrosada, do povo que engendrou Leibniz, Beethoven, Goethe e Wagner. Não ha roteiros meticulosos, nem grandes orchestrações. As phrases curtas, malleaveis, faceis, e assaz lacunosa a construcção. E' um povo mais visual, mais plastico. No Codigo argentino, não se pode descobrir facilmente a originalidade: Teixeira de Freitas e Marcadé representam, nelle, o pensamento sul-americano novo, e o velho pensamento francês em torno do Code Napoléon; mas hoje, relendo-o, podemos ver que o argentino Vélez Sarsfield, ainda imitando, conseguiu, por vezes, ser a si mesmo.

O Codigo Civil brasileiro, um tanto individualista, timido, e menos politico, mais sentimental do que os outros, porém mais "sociavel" e menos "social" do que devia ser, serve para que se lhe descubra a intimidade daquelle pensar por si que Freitas ensinou á Sul-America, e os traços de generosidade organica, de aferro leigo ás instituições religioso-moraes, de povo mais caracteristicamente juridico que todos os outros da America.

5. Regra methodologica e successão historica. — Cumpre não confundir a lei das tres phases (intuitiva, deductiva, inductiva), que é lei *historica*, lei de evolução mental e social do homem, e a regra *methodologica*, isto é, o encadeamento mais recommendavel para a elaboração *scientifica*, actual, do conhecimento. Aqui não ha a successão (intuição, deducção, inducção): primeiro se vê, se observa, e se analysa; depois se induz; e só após as inducções é que se deduz.

Insistamos. Na evolução mental (psychologica e demopsychologica), o empirismo corresponde ao pluralismo das sensações, ao discreto, ao fragmentario do conhecimento primitivo, de

facto em *facto*, sem perceber o *geral;* o racionalismo ao monismo das generalizações, ao *a priori*, que a primeira phase não nos deu; a sciencia, que vem depois, é a passagem intelligente, segura, resignada, dos *factos* ao *geral*. Ora, se queremos regra *methodologica*, não temos de pedí-la á historia, mas á sciencia já formada. Então diremos que é mistér a observação dos factos, a analyse, a collectanea dos dados (empiria), para que delles se induza. Só depois, com as varias inducções ou leis, é que pode o espirito querer unificar *actualmente* o conhecimento adquirido, induzindo do que já obteve ou deduzindo para chegar á unidade da sciencia. Observar, induzir, deduzir. A ordem está alterada: intuição, inducção, deducção.

Mas (e aqui entra a lei cyclica), onde, no conhecimento *actual*, ha a deducção, o *a priori*, ainda existe caminho a percorrer, porque ficou terreno para evolução, isto é, crescimento de positividade, substituição da convicção deductiva, racionalista pela certeza *experimentalo-inductiva*, puramente scientifica.

A lei cyclica é a mentalidade *no tempo;* a regra methodologica é a norma dos sabios *em qualquer momento*. Só se deduz quando se esgota o trabalho inductivo.

Cumpre evitar qualquer vaidosa convicção que considere definitivo, ou, pelo menos, *realizado*, todo o conhecimento, como se pudesse o homem libertar-se das leis que presidem á evolução do mundo e, portanto, á delle. Daí a evolução para o *inductivo*, para a convicção experimental, que tem de realizar qualquer residuo racionalista da sciencia de qualquer época.

6. **As tres phases na evolução juridica.** — Mostra-nos a Epistemologia juridica tres processos de elaboração que correspondem a tres methodos e a tres phases da indagação e da politica:

1.º Sentimento: *intuição;* empiria: casuistica, tradicionalismo (conservador de substancia);

2.º Idéa: *deducção;* racionalismo: escolastica; apriorismo politico (ou conservador de dogmas ou revolucionario):

3.º Investigação scientifica: *inducção;* sciencia; politica scientifica.

O intuicionismo, amante da tradição, recorre, principalmente, á historia, e procura resistir ás innovações. Daí a segurança dos povos empiricos. Mas se manter o que *é*, sómente porque *é*, constitue regra de prudencia, muitas vezes não no será de sabedoria. Quando o grupo social já viveu periodos racionalistas e apenas voltou para reconstituir-se e reiniciar a evolução, mais perigoso é o apêgo á historia. O respeito a ella inspira o respeito á jurisprudencia assente; mas o direito escripto sobre o qual se elaborou a camada das decisões e dos arestos, ou as proprias decisões ou arestos, podem não ser historicos, e sim productos de malsão racionalismo. Então, os inconvenientes são gravissimos; fortalece-se, com a persistencia, o que se formou como excepção a ella; dão-se esteios de tradicionalismo ao que, revolucionario de má especie (racionalista), rompeu com a tradição. O menor inconveniente disto será retardar a reacção das realidades (e talvez as deformar), — e virá, velada ou fragorosamente, a desforra dos factos contra o apriorismo, a artificialidade, as abstracções.

O empirismo é como que a phase de actividade inconsciente. O racionalismo inicia a da consciencia, mas a actividade do scientista é superior á do esgrimidor de syllogismos e de abstracções. Se bem que haja o pensamento, o raciocinio, a elaboração racionalista é menos segura que a do empirismo: o conteúdo *affectivo* é mais concreto que o *logico;* a construcção, a jurisprudencia de conceitos, é ainda mais fallivel; esculpe em areia; o sentimento, em gesso.

A convicção sentimental (empirica, intuitiva) e a racionalista (aprioristica, deductiva) não são sempre correlativas da verdade do seu objecto. Os povos primitivos admittem que a serpente morda por ser mandada, e não por si mesma. Os racionalistas architectaram principios abstractos que a sciencia mostrou serem *a priori* e desmentidos pelos factos. Não é com o sentimento, ou com o duro raciocinio, que deve trabalhar o legislador ou o scientista do direito. O que se ha mistér é ater-se aos factos, ao que é concreto, e raciocinar, objectivamente, a induzir, segundo rigoroso methodo scientifico. Talvez pareça difficil tal roteiro, que está para a espontanea e incerta caminhada do sentimento e da razão como o viajar dos nossos contemporaneos para os avanços e os recúos dos povos nomades. O mais facil é continuar no que estamos; esta é a opinião dos juristas aprioristicos, mas tal posição hostil não é extraordinaria: constitue caso particular daquella *resistencia* entre as phases, a que alludimos. O *mais facil* raramente é o *melhor;* e não teriamos qualquer esboço de civilização, se as innovações não acabassem por vencer as resistencias.

O movimento do direito natural, que foi um dos monumentos racionalistas, fundou na natureza humana ou, o que é o mesmo, na Razão, o criterio de justiça; o empirismo, mais prudente e mais utilitarista, procura attender aos factos, e deixar que o direito se forme pela pressão dos proprios elementos sociaes, — é o *laissez faire* na elaboração e na philosophia do direito. A sciencia pretende maior objectividade, a passagem methodica, inductiva, do facto ao geral. Historica e, melhor diriamos, cyclicamente, a ordem em que devemos collocar os tres processos é a mesma das phases do pensamento: empiria, racionalismo, sciencia. O primeiro identifica a *formação* e a *imposição* do direito: abandona-o aos factos, que são para as regras futuramente observaveis os elementos pluraes que as compõem,

como as arvores compôem a floresta e os grãos o celleiro. O segundo divide o phenomeno, *scinde* a propria *formação*, e apaga, depois, um dos termos, o real, para trabalhar com a sua propria secreção, que é o *a priori*. Eis o solipsismo da razão: pretende tirar de si tudo que é mistér á disciplina das acções humanas. Sentimento e razão são pseudo-sciencia do direito: tanto a *Gefühlsjurisprudenz* quanto a *Begriffsjurisprudenz* são perigosas: esta mais do que aquella, porque facilmente se desenvolve, e extende, sem contacto com as realidades. A sciencia positiva é critica; não desconhece os acertos do sentimento e da razão, porém sabe-os mais ou menos accidentaes: á trilha intuitiva e á deductiva prefere a mais efficaz, que é a inductivo-experimental.

Nos povos contemporaneos, o direito inglês é mais empirico; o francês, mais racionalista; o alemão e o suiço, mais technicos. Mas todos têm a mesma estrada a percorrer. A lei é cyclica (1).

a) CRITICA DO EMPIRISMO NO DIREITO. O sentimento é um dos processos de revelar o direito; é o descobrimento mecanico, instinctivo, inconsciente, pelo proprio homem. Não basta á contemporaneidade; o homem não poderia sentir todo o direito de que precisa. A propria elaboração intellectual, racionalista, não lhe basta; e o progresso é marcado pela criação de novo methodo, que mais seguro possa guiar as sociedades na intima adaptação que se effectúa *dentro* dellas e *entre* ellas. O sentimento não nos poderia dar criterio sufficiente para a actividade legislativa ou de applicação. E' vago, equivoco, obscuro; e mais do que isto: incerto, variavel, como tudo que é subjectivo e, pois, depende dos coefficientes individuaes de sen-

---

(1) PONTES DE MIRANDA, *Rechtsgefühl und Begriff des Rechts*, Berlin 1923, pag. 145: — *Introducção á Politica Scientifica*, Rio de Janeiro 1924, pags. 191-243.

sibilidade economica, religiosa, moral. Os dados psychologicos são fugidios; e a introspecção, que, — associada a outros methodos, pode conseguir certos resultados scientificos, — insulada, seria deficiente e cheia de riscos.

b) CRITICA DO RACIONALISMO NO DIREITO. Se são grandes as difficuldades de applicação do methodo scientifico, é porque não se têm dados para muitos problemas, isto é, ainda nos falta o material com que possamos trabalhar.

Este material é composto de *factos*, de *inducções*; e os juristas, os politicos, etc., só se têm occupado com expender e discutir idéas. Como legislar, ás carreiras, sobre patrio poder, diziamos (*Rechtsgefühl*, 186; *Systema*, I, 417), se o legislador préviamente exigisse de si mesmo o conhecimento scientifico das relações de que poderiam ser extraidas as regras? Tal compromisso não sómente previniria erros, como modificaria os termos da critica ao excesso de legislação: quando vigora a jurisprudencia de sentimento ou de conceitos, a legislação romantica (sentimento, razão), mais graves são os impetos de prover, porque, onde maiores são as probabilidades de erro, crescem ellas com o augmento da actividade. Mas, se adoptarmos criterio scientifico, segundo o qual não devemos innovar sem que o suggiram o conhecimento dos factos e a experimentação, o crescimento da legislação denunciará o crescimento de acquisições positivas. De certo, é mais facil e mais ao alcance de qualquer individuo expender opiniões pessoaes, mais ou menos apoiadas em citações dos outros racionalistas do direito, e impô-las em pareceres, projectos e leis, decretos e regulamentos. E ainda mais facil e não menos perigoso, sem ter amadurecido qualquer convicção ou depois de a alcançar de acôrdo com impulsos sentimentaes, de educação, de gosto e de apriorismo, — copiar outros codigos e outras leis. Mas, em verdade, o que se faz preciso, se queremos ser leaes e sinceros, se temos algum designio de verdade, é con-

fessar, abertamente, a falta de material para o conhecimento scientifico, a necessidade de organização de institutos de pesquisa, que sejam verdadeiros laboratorios sociaes (como foram e são, a despeito de certo empirismo e ausencia de methodo inductivo, não para as *relações sociaes,* como deviam ser, mas para as *instituições,* as exposições e museus de economia social). E' preciso proceder á analyse e lentamente conseguir *o que não se tinha,* mas *é mistér obter-se.*

b) CONCILIAÇÃO PELA SCIENCIA. O empirismo não é sufficiente á evolução, porque, incapaz de generalizar, se mantém pluralista, adstricto ao particular, como que espalhado pelo mundo dos phenomenos, de cuja complexidade causal não se adverte. O racionalismo cae na abstracção, no *a priori,* e perde-se dos factos, da carne viva das realidades; veste-as com o manto dos principios, das palavras sem conteúdo exacto, das divisões escolasticas e dos sophismas. Conserva o real, deformando-o; ou revoluciona, substituindo ao concreto dos costumes o abstracto das doutrinas e das operações discursivas e logicas. A sciencia vê os *factos* e o *geral;* e passa daquelles a este pelo caminho da *inducção.* Com o espirismo, o homem aprende a *sentir* o real; com o racionalismo a *pensar* e a *apprehender* o geral; com a sciencia, a seguir *roteiro certo* na transição de uma operação á outra. E' conservadora sem misoneismo; revolucionaria, sem perturbações. O valor da tradição é duplamente respeitado pela sciencia: quando *induz,* em vez de impôr principios aprioristicos; quando se abstém de intervir, em quanto não possuir dados positivos, que lhe permittam promover melhores soluções sociaes. No livro *A Sabedoria da Intelligencia* (I, aph. 26) dissemos: "O methodo scientifico conciliará os homens, porque só a Verdade concilia. Em vez de opiniões, — a pratica do estudo dos factos, o zelo da objectividade, a verificação dos resultados, o espirito critico, que é outra expressão com que se

diz o livre exame, a pesquisa scientifica, a *moral* no saber, a resignação da intelligencia, a sinceridade da observação e a lealdade das affirmativas".

Não é aqui o lugar para se explicar a razão physica de tal funcção equilibrante da sciencia: basta lembrar a escala dos valores de estabilidade, de que se falou (n. 1) e na qual o conhecimento occupa, na ordem decrescente dos valores, a posição equidistante dos extremos (Religião, + 3; Moral, + 2; Arte, + 1; Sciencia, 0; Direito, — 1; Politica, — 2; Economia, — 3).

O corpo dos vigentes systemas legislativos e a sciencia *empirica* ou *racionalista* do direito estão cheios de contradicções. Exemplo: hoje são fundamentaes na vida das organizações judiciarias, excepto, até certo ponto, na Inglaterra e nos Estados Unidos da America do Norte, os dois principios, — *a*) não denegar justiça (o juiz é obrigado a decidir), e *b*) obedecer á lei, isto é, ser-lhe fiel, só resolver fundado nella. Mas, se ha lacunas no direito, aquelles principios se chocam (o que muito sóe acontecer aos ditames e preceitos do racionalismo), porque, então, o juiz não pode ser obrigado a resolver *fundado em lei,* se ha casos que a lei não attinge. Ora, se o juiz *tem* de resolver (como quer, por exemplo, a Introducção do Codigo Civil brasileiro, art. 5 ultima parte, e dizem-no outros codigos) e se ha *lacunas,* quál o processo mais acertado para não deixar de decidir? A conciliação só é possivel com o methodo scientifico. E a contradicção como que se reflecte e se multiplica em todo o campo do direito: *a*) na *theoria das fontes,* é assaz interessante a questão, porque se ha de perguntar, — "que existe no lugar das *lacunas*: o *nada* ou o *direito natural,* o vazio susceptivel de encher-se com as extensões logicas e intersepções de outros preceitos, que passam perto, ou o arbitrio do juiz?" — e não ha duvida que são relevantes e graves os problemas que a pergunta envolve; *b*) na *interpretação das leis,* porquanto, *ex hypothesi,*

não bastam os recursos immediatos de exegese e cumpre discutir como devemos proceder á revelação do direito que preencha as lacunas; *c*) na *doutrina da divisão dos poderes,* pois que nella se postula a necessidade de separar a funcção *legislativa* e a *judiciaria,* segundo o que pretendeu Montesquieu no *Esprit des lois* (XI, 6): "*Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*"; *d*) na *politica* em geral, porque lhe cumpre saber como é possivel conciliar, harmonizar, — diga-se o termo, — tornar *compossiveis* a criação *legislativa* e a criação *judicial* da lei.

Tambem o principio abstracto, racionalista, da *representação politica,* diziamos no *Systema* (II, 58), de certo é ferido pelos principios *scientificos* de Hugo, Ehrlich, Zitelmann e Jung (1), porque naquelle se suppõe que sómente ao povo (democracia directa) ou aos que delle têm representação (democracia indirecta) se permitta criar a regra juridica. E tal supposição assenta no vicio a que corresponde e de que é causa o subjectivismo voluntarista (2). Houve quem quisesse, como Kantorowicz, que a isto se obviasse com a electividade dos juizes e respectiva responsabilidade; mas a sciencia não nos aponta o direito livre como obra sómente do legislador e do juiz, de modo que pouco adeantaria o expediente. O methodo scientifico, que expusemos em 1922, exclue a difficuldade, porque *elide* o problema: qualquer instrumento de revelação do direito apenas poderá actuar, se e emquanto se sujeitar ao *me-*

---

(1) *Systema,* I, 485, 487. As leis não são as unicas fontes do direito (HUGO, 1812); e têm lacunas (EHRLICH, 1888), que são inevitaveis (ZITELMANN, 1903), pois que é falsa a plenitude logica do direito (JUNG, 1900). Os proprios actos juridicos são fonte do direito (HELLWIG, 1907).

(2) PONTES DE MIRANDA, *Subjektivismus und Voluntarismus im Recht,* no *Arch. für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie,* vol. XVI, pags. 522-543 (numero jubilar do prof. ERNST ZITELMANN); — *Systema,* vol. I, pags. 459-478.

thodo objectivo, á investigação rigorosamente scientifica, ao processo experimentalo-inductivo de extracção da regra juridica (*Systema* I, 491; II. 58, 301-476; *Rechtsgefühl*, 185-196).

Nem legislador nem legislador e juiz devem ser os unicos reveladores, nem sempre revelam elles a verdade juridica quando pensam fazê-lo. Um e outro muitas vezes resolvem *empiricamente*, com probabilidades grandes de erros, ou dão simples opiniões (*racionalismo juridico*).

Para que exerçam, realmente, a missão, será preciso que procedam como todos os investigadores leaes, sinceros e positivos, da realidade, como os physicos, os chimicos e os biologistas. O que o methodo scientifico nos mostra é a possibilidade da revelação do direito, como das leis physicas e biologicas, por todos os que o possam seguir, e não só pelos reis, pelos corpos legislativos, ou por estes e os juizes, segundo a ultima concessão da politica autoritaria. A revelação do direito é livre; e para isto nos levam os proprios factos, dos quaes extraimos, por inducção, a lei a que chamámos da democratização dos processos de revelar direito (1922).

Como aconteceu a tudo, actividade economica, literaria, scientifica, etc., — tem de proceder-se a tal emancipação; porque sómente assim se poderão satisfazer plenamente as necessidades de equilibrio e de adaptação. Trata-se de corollario da propria civilização, do principio de crescente estabilidade e dos principios fundamentaes que alhures estudamos. A espontaneidade, e não o artificialismo, é o que mais convém á paz social, ao acerto, á felicidade e ao esplendor da vida. Que as formas correspondam ao processo morphogenico, que a politica acompanhe o curso das realidades, e não se retarde nas reacções cegas, nos misoneismos, nas persistencias morphologicas que empecem a evolução e a harmonia social!

Ora, a Sciencia, por seu coefficiente especifico, não pode ser presa ao passado, nem voluvel, nem misoneista, nem extremamente instavel, como a Economia, a Moda. Por outro lado, o Direito (= — 1) não é especificamente misoneista; o tradicionalismo que pesa nelle provém da Religião ou da Moral, frenadores maximos.

Democratizar a criação do direito não é entregá-la ás assembléas, nem directamente ao povo, — é deixá-la ás vocações, ás pesquisas technicas, aos que tragam o saber e o amor da verdade, aos que sabem *descobrir* em vez de *opinar*, aos que extraiam do que *é* as leis da vida e os remedios que curam, de modo que lhes venha a adhesão da massa humana, que então as adopte, como adhere e adopta a electricidade, que illumina, aquece e transporta, e os sôros que immunizam e fazem sarar.

O methodo scientifico realiza na Politica e no Direito tudo quanto nos é preciso para que deflúa systematicamente, sem contradicções, a actividade dos juristas (legislador, juiz, interprete, executor, etc.). E só elle pode consegui-lo. Assim, desde que nos orientemos pelo *methodo inductivo*, que é o da sciencia positiva do direito, notaremos o seguinte:

I. Deixam de ser irreductiveis as doutrinas que negam e as que affirmam o direito natural, porque se, nas lacunas, ha o vazio da lei, é possivel encontrar as *relações sociaes*, de que se podem scientificamente tirar as regras juridicas, então criadas pelo juiz ou pelos interpretes, o que se dá nos paises anglo-saxões e, posto que menos, em todo o mundo. Tenderão a ser deixadas á livre revelação scientifica.

II. Não ha nenhum novo perigo na arbitrariedade do juiz, pelo contrario — diminuirá o que existe, uma vez que se substitue o subjectivismo, não só do juiz e do interprete como do proprio legislador, pela *indagação scientifica*, objectiva, cujas segu-

ranças são maiores. Revelam-se regras juridicas como se descobrem leis physicas.

III. Não ha incompossibilidade entre a criação do direito pelo legislativo, pelo judiciario e pelo executivo: cada um utiliza, em momentos differentes, com estudada successividade, *o mesmo processo de revelação scientifica das normas*. E isto se opera no sentido e por mercê do principio da crescente diminuição do *quantum* despotico: menos regalismo, menor prestigio official e arbitrario, mais efficaz intervenção da consciencia humana na adaptação social e pelo *melhor* e mais *certo* caminho de solução, — que é o da investigação scientifica, da sciencia.

IV. Pela accessibilidade da sciencia, torna-se facil e normal a livre adhesão ao que se *revela;* e então como que se democratiza, no bom sentido, a funcção de criar o direito, como já se democratizaram as idéas e as praticas de certas sciencias.

A dupla realização dos dois principios — o da crescente dilatação e integração dos circulos sociaes e o da diminuição progressiva do *quantum* despotico — leva-nos a destinos novos, a novas soluções, de que o empirismo e racionalismo não suspeitavam, e a phenomenos de symetria e de rythmo que nunca se observaram nos circulos estreitos, em que viveram clans, phratrias, tribus, nações, Estados.

A livre indagação scientifica é a solução a que nos conduz a lei da democratização dos processos de estudar o direito.

7. **Diversas leis da evolução juridica.** — Vejamos as leis principaes:

a) PRINCIPIO DA IDENTIDADE DA JURISPRUDENCIA COM O SEU OBJECTO. Toda a exteriorização de sentir da sciencia do direito, disse Sternberg, é por igual exteriorização da consciencia juridica; toda proposição juridico-scientifica, uma regra juridica: assim se prova o principio da identidade da ju-

risprudencia com o seu objecto. Não bastaria para convencer e é vaga e defeituosa a formula. Mediante o estudo das tres phases mentaes chegamos a melhor explicá-lo e dar-lhe a expressão scientifica que era de mistér, como simples applicação *menos geral* do principio da correspondencia entre a mentalidade e o estado social. Assim, tivemos ensejo de ver que a casuistica juridica, o rotineiro tradicionalismo politico, a economia dispersa e desaggregada, são resultados do pluralismo mental, da empiria, que é o conhecimento immediato das sensações, discreto e fragmentario; que o racionalismo juridico, o politico, o religioso, o economico, são estados correspondentes ao apriorismo, ao intellectualismo, ao *monismo* ou, quando muito, ao *dualismo* das generalizações, de que nasce o dogmatismo racional, a escolastica; que a sciencia vem trabalhar com o facto e o geral, em vez de apegar-se a um só, como fizeram as primeiras phases, e a tal mentalidade corresponderá o estado social mais avançado. Fomos mais longe: apontamos os tres processos logicos, que se ajustam a taes mentalidades: a intuição, a deducção e a inducção.

O mundo social, a que nos referimos, é o circulo, porque é dentro de cada grupo que se opera a evolução. Nunca nos esqueça que os circulos sociaes são systemas mais ou menos fechados, que *livram* da dura selecção (com os de fóra) os membros que os compõem, em que é possivel (no interior) a intervenção efficaz, afim de substituir á violenta equação, correspondente ao processo *biologico* da luta pela vida, o processo *sociologico* (inconsciente ou consciente; empirico, racionalista ou scientifico) do maior aproveitamento de valores, segundo o criterio, não sómente *vital*, mas *social*, de adaptação.

b) Lei da evolução das organizções sociaes. A historia das organizações descreve o mesmo cyclo que perceptivelmente é descripto pelos elementos que a compõem: a principio,

a força que se exercita; depois, a força que se exhibe sem se exercitar, o que suppõe a *consciencia* da efficacia; mais tarde, a actuação integral sem a actuação material ou suggestiva da força, isto é, com o *minimum* de *quantum* despotico. No terreno do direito, opera-se de modo tão caracteristico a evolução que muitas regras não só desapparecem das legislações e dos codigos, como se integram nos proprios movimentos e na estructura organica da sociedade. Corrigido o defeito de adaptação, torna-se desnecessaria a "imposição" do preceito. O intuicionismo é empirico, *inconsciente*, faz o que já se fez, os factos dirigem a acção, em ensaios restrictos e medidos. No racionalismo, o *a priori* domina: consciencia juridica, senso juridico, tacto e habilidade não são mais do que aspectos da subconsciencia juridica, que é o processo do deductivismo, da escolastica, do subjectivismo, que pretende, com o intellecto, expropriar a *verdade objectiva* e criar, contra a materia, a *ordem humana abstracta*. Quando a consciencia predomina (e dizemos predomina, porque as phases intuicionista, deductivista e inductivista são estados macroscopicos), começa a sciencia: recorre-se á analyse, para conhecer a materia social, e á inducção, para conhecer-lhe as leis. Mas tal estado definitivo não elimina a inconsciencia e a subconsciencia; a investigação positiva é *synthese* e não *antithese* das duas phases inferiores, tanto assim que uma trabalha com o *particular*, outra com o *geral*, e a sciencia com a inducção, que é passagem methodica de um para outro: a superioridade da consciencia está em ser *status* transcendente em relação aos demais phenomenos psychicos e neurologicos; *apparece, intervém* e depois se *ausenta*, para que melhor se movam os gonzos da actividade: depois de se empregar o acto consciente *a*, duas vezes, cem vezes, para o effeito *a*, *substrae-se* a consciencia ao acto, consegue-se o mesmo resultado e economiza-se o custo

physiologico do elemento consciencia. Quando se começam a pedalar as machinas, principia-se com a consciencia, depois se suprime, e o trabalho se accelera. A politica scientifica é o aproveitamento *opportuno*, methodico e systematico da consciencia: só se intervém quando se *sabe* que se *deve* intervir. A intervenção consciente quando não se *sabe* é mais subconsciencia que consciencia: é o *processo* do racionalismo, que faz leis segundo mandam os seus impulsos opinativos. Ora, a intervenção consciente muitas vezes perturba: perguntae aos jogadores de tres facas e bolas, aos dactylographos. Tende consciencia de que estaes a deglutir, e não deglutireis tão satisfatoriamente como esperaveis.

Pois bem: na phase inconsciente, a força ha de primar, porque é della que deriva a ordem; na subconsciente, ha força e exhibição; na consciente, luta-se contra a força: o que se deseja é o *descobrimento* da opportunidade, acerto e segurança das intervenções. Mas seria erro crer absolutas as differenças entre as phases: lembremo-nos de que as *mentalidades* de cada época são estados de preponderancia de elementos. Em todas as concepções da sciencia contemporanea é assaz importante a noção das leis como expressões estatisticas.

Tornar *scientifica* a actividade legislativa, interpretativa, judicial, tal o unico fim que pode valer aos povos de hoje.

c) LEI DA EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA. O principio da diminuição do *quantum* despotico reflecte-se na elaboração do direito, não só nas *inspirações* delle (empirismo, apriorismo, sciencia), e em seu *mecanismo* (lei da democratização dos processos de revelar o direito), como tambem em sua *acção* e *finalidade*; donde tres phases successivas, interiores aos circulos cuja evolução marcam: na primeira, consagração de privilegios; na segunda, crescente desconhecimento delles; na terceira, luta con-

tra elles. Primeiro tem-se por fito organizar a força, depois a justiça, *independente* da força; mais tarde, *contra* a força (R. Worms). Os recúos e as curvas descendentes marcam os atrasos e as involuções.

d) EVOLUÇÃO CYCLICA DA REGRA JURIDICA (LEI DA APPARIÇÃO E REDUCÇÃO DA CONSCIENCIA). Ha evolução cyclica do *inconsciente* para o *consciente*, quando, — em vez de ser phenomeno directo o costume, e sem a intermediariedade do orgão politico, como se dá nos nossos tempos, ou do religioso, noutras épocas, — é a lei que coordena e impõe, politicamente, o direito costumeiro, e então ha consciencia, porque ha escolha e opção; e do *consciente* para o *subconsciente*, quando se incorpora á actividade humana, como elemento intrinseco, a regra externa. que a consciencia ditou para a adaptação do homem á vida social ou para corrigir defeitos de adaptação, como elemento extrinseco em relação ao determinismo das acções individuaes.

Aí se realiza a lei das tres phases, porque é o intuicionismo, o empirismo, que cria o costume, é o racionalismo, o apriorismo, que entende limitar qualquer fonte do direito, como quem *decreta* a victoria de tres ou mais exercitos combatentes (*Systema*, II. 494), é a investigação scientifica, que poderá conseguir o maior numero de regras que passem da consciencia ao subconsciente, porque a funcção della não é impor a lei ao que é, a vontade, elemento heterogeneo, aos factos da vida, mas tirar das relações sociaes, do que *é*, as normas que as devem reger.

Realiza-se tambem a diminuição do *quantum* despotico, porque no momento A. a regra é *imposta*, ao passo que, no momento B. é desnecessaria e superflua a imposição. Dá-se o augmento da adaptação, ao que corresponde a eliminação de despo-

tismo: o *quantum* despotico diminue na razão inversa da adaptação realizada, — mais adaptação, menos *quantum* despotico.

Na Psychologia podemos verificar a passagem da consciencia para a subconsciencia, ou melhor a eliminação daquella quando superflua, como quem, depois de ver o caminho, solta o facho de luz para correr melhor. Quanto mais automaticos se tornam os nossos gestos ou actos, mais admiraveis os effeitos delles. Basta pensar na agilidade dos jogadores de bolas ou de facas afiadas, ou na maravilhosa presteza de alguns typographos e dactylographos. Na maioria das obras humanas, a parte do *automatismo,* posterior ao aprendizado *consciente,* representa o que lhes dá o maximo de belleza, de perfeição e de segurança.

Delega-se á natureza o que se adquiriu pela humana sciencia dos factos.

e) Lei do esforço convertido. Na formação das leis por processos sentimentaes, racionalistas (intuitivos, deductivos), os provimentos resultam de movimentos *affectivos* ou *ideologicos.* Prevalece a *solução* em que a attenção *empirica* (de caso em caso) ou *racionalisticamente* (abstracção, principios *a priori,* convicções deductivas, frutos de raciocinios sem criterio scientifico) se concentrou, — e então deriva dos proprios *actos* ou da *idéa,* de modo irresistivel. E' o que a recente escola de Nancy sobre a suggestão chama "lei da attenção concentrada". Muitas vezes, na phase racionalista, claramente se nota a influencia da emoção e maior exito se assegura á realização da idéa. E' a "lei da emoção auxiliar" que invade os dominios daquella e então a sensibilidade está presente em muitos casos que talvez só parecessem submettidos áquella lei. Não nos esqueçamos, pois, de que os caracteres das phases, — intuicionista, racionalista e scientifica, — são grandezas macroscopicas. Infelizmente não temos recursos para discernir elementos ideomo-

tores e elementos affectivos em estado de pureza; mas podemos distingui-los relativamente puros.

Como o subconsciente desempenha papel de grande monta na actividade legislativa despotica (chamemos-lhe *despotica* ou *autoritaria* para a distinguir da *scientifica*), — não é preciso que o commercio, o politico burguês, o capitalista, etc., se entendam e acordem para *assegurar* o tessido actual das sociedades; a formação *empirico-racionalista* ou *racionalista* das leis obedece ao que a escola de Coué, Baudouin (1) e outros denomina "lei da finalidade sub-consciente": proposto o *fim* (eschema social), o subconsciente *acha* os meios para realizá-lo. Em nossas observações originaes (202 casos), verificamos a discordancia entre os intuitos conscientes (v. g., preoccupação de ser agradavel ás classes operarias) e a execução (v. g., projecto profundamente util aos patrões e só apparentemente favoravel aos operarios).

A *investigação scientifica* é superior á actividade legislativa empirica ou racionalista, porque á attenção *espontanea* substitue a *voluntaria* e, mais ainda, a attenção *methodica*.

A primeira objecção que nos poderá ser feita é a seguinte: existe outra lei psychologica, que de certo modo se oppõe ao que se pretende com a attenção voluntaria ou solução scientifica, e é a do esforço convertido, segundo a qual, imposta ao espirito a suggestão, todos os esforços conscientes que se envidarem para a luta contra a suggestão, não sómente serão baldados, como tambem activarão a suggestão que se impôs. São soldados que se convertem ao adversario e lhe augmentam as forças. O psychologo resolve a difficuldade pela utilização de *equivalente* da attenção voluntaria, isto é, estado em que seja

(1) PONTES DE MIRANDA, *Subjektivismus und Voluntarismus im Recht*, no *Arch. für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. XVI, pag. 536. Encontra-se referencia a este nosso estudo no livro *Qu'est-ce que la Suggestion?* de BAUDOUIN.

insignificante o esforço. Daí o *encanto* (charme) de Liébault, a *concentração* dos ingleses e americanos, o *recolhimento* de Paul-Emil Levy, a auto-hypnose de Bonnet, a *reflexão meditativa* de Payot. O sociologo deve resolvê-la pela formação da *mentalidade* (1) capaz de chegar aos resultados, fecundos e maravilhosos, da politica juridica scientifica, sem a conversão dos esforços em difficuldades, sem o inconveniente da reacção, sem a actuação contraproducente da lei do esforço convertido. Os grandes exitos da sciencia nos dominios da Chimica, da Physica, da Biologia clinica, etc., seriam *impossiveis* sem o previo coefficiente da *mentalidade scientifica,* que permitte a *remodelação* das nossas idéas, sem a *revolta* intima que deve provocar nas velhas educações a pesquisa scientifica.

As applicações de taes leis no dominio da Sociologia datam do *Systema* (I, 471-473), onde tambem formulámos o meio de escapar á lei do esforço convertido.

f) PRINCIPIO DO CRESCENTE PREDOMINIO DO ESPIRITO LIVRE. Desde os primeiros periodos da evolução humana o espirito tende a proceder livremente, a quebrar cadeias em que nasceu preso ou a que posteriormente se prendeu, na successão da mentalidade racionalista á intuitiva ou empirica. Uma das consequencias do crescer de tal predominio do espirito livre é a propria luta entre a inspiração (sophocracia) e a lei (nomocracia) na elaboração e imposição da regra juridica (Sternberg, 1904). Uma das causas é a diminuição do *quantum* despotico.

A passagem dos processos subjectivos para os objectivos importa extraordinaria vantagem na economia do pensamento e — como a sciencia do direito auxilia e pode presidir á crystallização delle — proverá ella á propria depuração dos dados que

(1) *Systema,* I, 472; — *Subjektivismus und Voluntarismus im Recht,* pag. 536.

irão servir de estudo e verificação experimental. Isto, que, para o subjectivismo, seria empecilho, toldamento do assumpto, duplo inconveniente, pela constante inserção de elemento heterogeneo (vontade individual ou de maiorias) na substancia social, é, para o objectivismo scientifico, harmonia e rigor, precisão e clareza: *guiam-se os factos com os proprios principios que os regem*. Insere-se nas leis, nas relações juridicas, o que se extrae das proprias leis e relações.

Dá-se, em poucas palavras, a utilização *pratica* da sciencia, por processo identico ao do aproveitamento das leis scientificas na Physica, na Mecanica, na Biologia.

PARTE I

EVOLUÇÃO HISTORICA DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

CAPITULO I

FORMAÇÃO DO DIREITO LUSO-BRASILEIRO; FONTES DO DIREITO ATÉ 31 DE DEZEMBRO DE 1916

O direito, no Brasil, não pode ser estudado desde as sementes; nasceu do galho de planta, que o colonizador português, — gente de rija tempera, no activo Seculo XVI e naquelle cansado Seculo XVII em que se completa o descobrimento da America, — trouxe e enxertou no novo continente.

Resta saber se trouxe tudo que tinha, se criou direito novo, ou se, forçado pelas circumstancias, modificou o que trouxe.

§ 1º. ORIGEM DO DIREITO ANTERIOR

Nas origens do direito português, estão o Direito Romano, o Germanico e o Canonico. A elles se addiciona o elemento nacional, o que as condições da vida peninsular e, particularmente, lusitana revelaram, em costumes e aspirações, ás populações de Portugal. Proveniente do Estado, com o caracter de *direito,* mais do que de *composição do damno* ou de reprimenda á offensa, a intuição juridica dos Romanos representa o systema de *coordenação* e *dominio,* em contraposição á dos Germanos,

com a *autonomia pessoal*, o *principio moral*, a *independencia do individuo*.

8. **Caracteristicas das tres fontes.**—Tres systemas differentes — um mais politico do que moral e religioso, o Romano, outro mais moral do que politico e religioso, o Germanico, e outro mais religioso do que politico e moral, o Canonico. O direito de feição economica, ou virá das nações modernas, ou nascerá no proprio solo, como fecunda emanação da vida.

No periodo de romanização em que a Espanha, após o tratado com que terminou a segunda guerra contra Carthago, foi submettida ao dominio de Roma, dividiu-se ella em duas provincias, a Citerior e a Ulterior. Desta fazia parte a Lusitania, sempre resistente ao jugo, até que, sob Julio Cesar, inteiramente se subordina.

§ 2º. DIVISÃO SYSTEMATICA DA HISTORIA DO DIREITO LUSO-BRASILEIRO

Se bem que independente em 1822, o Brasil regeu-se até 1917 pelas Ordenações Filipinas: o direito lusitano até o fim do Seculo XV é a nossa historia por bem dizer precolombiana. O nosso direito não vém da semente; mas de um galho, que se plantou. E' de todo interesse seguir-lhe a evolução antes de existir o Brasil-colonia. Só assim poderemos comprehender certos phenomenos que posteriormente se hão de verificar.

9. **Épocas do direito português.** — As épocas do direito português — pre-romanico, romanico e nacional — são oito:

1) tempos primitivos até a reducção da Espanha a pro-

vincia romana: direito pre-romanico, pluralismo e empiria juridica, com poucos costumes (1) e nenhuma lei escripta;

2) da occupação romana até a invasão barbara (Seculo V);

3) da invasão barbara até á sarracena;

4) da dominação moura á fundação da monarchia portuguesa;

5) da fundação da monarchia, quando se inicia a unificação do direito (*leis geraes*), até D. João I (resistencia do direito local e do feudalismo português);

6) de D. João I a D. Manuel, que leva ao auge o absolutismo e a unidade do direito, através dos principios romanos;

7) de D. Manuel a D. José (época dos abusos na interpretação machinal, firmada em Bartolo, em arestos, em "opiniões communs");

8) reformas do Marquês de Pombal: methodo cujaciano. luta contra a theocracia e a oligarchia aristocratica, abertura de passagem á burguesia para o plano aristocratico, symetrização que se operou, nos factos, após a philosophia do Seculo XVIII.

Segundo a exposição das leis de symetria na Sociologia, a philosophia do Seculo XVIII não foi *causa*, mas *effeito* da dissymetria existente: em Sociologia, como em Physica, a symetria não é causa de nenhum phenomeno; só as dissemetrias é que são causa de phenomenos (1). A philosophia do Seculo XVIII

---

(1) *Introducção á Politica Scientifica*, n. 1: "A sensação é discontinua; daí o pluralismo da empiria. Continuo, integro, é o abstracto; daí o monismo do apriorismo, das generalizações. Quando o conhecimento se elabora, não sómente com os dados esparsos da intuição, porém com o que se aprendeu no racionalismo, então já não é monista, nem pluralista, — e sim scientifico, quer dzer — attende ao *particular* e ao *geral* do universo. A mentalidade começa do empirismo, com as suas diversas situações correspondentes: o intuicionismo, a casuistica juridica, a medicina mystica e empirica, a organização totemico-uterina ou totemico-agnatica, fundada na intuição da filiação materna ou paterna. Mas o espirito logo percebe a insufficiencia do empirismo para a explicação e a aprehensão do *geral*. Com o uso da razão, *generaliza*. E' o periodo das abstracções, do racionalismo, do monismo ou do dualismo philosophico, do apriorismo juridico, da escolastica, da dogmatica. Ao governo espontaneo, intuitivo, das primeiras épocas succede o governo apriorista, raciocinante, dos absolutismos escolasticos, com o direito divino das monar-

constituiu a serie de phenomenos, que resultaram da dissemetria, e foram produzidos porque o momento B, sem elementos estranhos, não pode ser mais dissymetrico que o momento A do systema. A legislação pombalina do fim do seculo, como a philosophia anterior e as reformas legislativas posteriores, de caracter civil (v. g., só no Seculo XIX, a igualdade successoria entre nobres e plebeus), foram phenomenos necessariamente *symetrizadores,* porque evolutivos — de ordem *politica* (legislação do Marquês de Pombal), *gnoseologia* (philosophia do Seculo XVIII) e *juridica* (regularização e depois extincção dos "morgados", igualdade successoria, etc.), mas todos oriundos da *dissymetria anterior.*

10. Caracteristicas das oito épocas. — Cumpre investigar, summariamente, os traços principaes e differenciantes destes periodos.

Ás épocas, que se enumeraram, correspondem:

1) Direito costumeiro puro.

2) Direito romano e direito costumeiro.

3) Direito do Codigo visigotico, *Codex legum* ou *Lex wisigothorum,* elaborada pelo XII Concilio de Toledo, e confirma-

---

chias, a vontade geral, a liberdade, a igualdade, a fraternidade das Revoluções. Se o povo convalesce do racionalismo intemperante, que sóbe até já não ver o real, o unico recurso para proseguir na evolução social e philosophica é a volta ao *facto,* á observação, sem malbaratar o que aprendeu no exercicio das generalizações. Foi insufficiente o empirismo, porque não conheceu o *geral*; foi esteril o racionalismo, porque só trabalhou com elle; será fecunda e segura a sciencia, porque, em vez da intuição ou da deducção, terá a dupla materia prima, a intuição e a deducção, porém com as cautelas e a resignação do methodo scientifico, que é passagem do *facto* (empirismo, intuição) ao *geral* (racionalismo, deducção), em seguimento rigoroso e efficaz, que é o processo *inductivo.* Em vez do esparso, do discreto, do descosido, do solto, da empiria; e em vez do abstracto, do vago, do continuo, do apriorismo, que maneja as idealidades da razão sem peias, sem seguradores no real e na vida, — surge, então, a lealdade do raciocinio alimentado de realidades, o geral que mal distende o facto, o lento, mas constante ascender da investigação scientifica".

da, em 693, pelo XVI; e direito costumeiro. Profundas dissymetrias sociaes (classes).

4) Direito costumeiro, tradições romano-visigoticas, *foraes* (respeito arabe á propriedade individual da terra).

5) Direito costumeiro, oriundo dos *foraes*, *leis geraes* (influencia do direito justinianeo). Os *direitos locaes* resistem. Menos sensivel a desigualdade das classes sociaes.

6) Ordenações Affonsinas; reforma dos *foraes* pelo governo central (1500), sob D. Manuel; Ordenações Manuelinas. De 1446 a 1769 preponderam, na subsidiariedade das fontes do direito, as glossas de Acursio e de Bartolo.

7) Ordenações Manuelinas (1521). Leis posteriores, reunidas por Duarte Nunes de Leão (Alvará de 14 de fevereiro de 1569), Ordenações Filipinas (1603), iniciadas e concluidas pelos reis espanhóes e revalidadas em 1643. Acursio, Bartolo, a "opinião commum" e a *boa razão*.

8) Lei de 18 de agosto de 1769, que definiu a *boa razão*. Menores dissymetrias.

11. Leis da Lusitania. — Regiam a Lusitania leis que as provincias romanas recebiam de Roma quando declaradas provincias, outras, que expressamente se expediram, e edictos dos seus governos e magistrados, denominados, em collecção, *Edicto Provincial.* Mello Freire cita varios edictos. E nada mais inexacto do que affirmar, com Theophilo Braga, que o dominio romano não exerceu nenhuma influencia organica no territorio português. Na *Historia de Portugal,* escreveu Alexandre Herculano: "No quarto seculo a cultura e ao mesmo tempo a corrupção de Roma abrangiam plenamente todas as provincias do Imperio. O direito civil romano que da Capital se extendera pela Italia invadiu as provincias. A Es-

panha que fôra a que mais energicamente resistira á assimillação foi tambem a que mais completamente a aceitou".

A base da historia do direito português é um monumento compósito, heterogeneo, o *Codigo visigotico,* éco — durante um seculo — do Codigo Theodosiano.

Depois é que temos a introducção doutrinaria do direito justineaneo, no Seculo XII. As leis III, IV, VII e VIII de Affonso II (1211-1223) documentam, irrecusavelmente, a influencia da legislação justinianea (1). No reinado de Affonso III (1245-1279), Gama Barros apontou regras de successão de filhos illegitimos que parecem inspiradas nas Novellas 18 e 89 de Justiniano.

Mas, desde o Seculo VII, em epistolas e rescriptos pontificios, apparecem citações do direito justinianeo. Ao direito, a que devia privilegios, comprehendia-se que o clero favorecesse o predominio, tanto mais quanto, aprendendo as leis temporaes, se enriquecia. No Seculo XII, os concilios prohibiram este estudo. Mas a escola de Bolonha principia a influir, e na redacção de certas leis já se nota a escripta erudita, em principios geraes.

Com a irrupção barbara, opera-se o que descreve Alexandre Herculano: "Nos primeiros annos do Seculo V dividido já o Imperio entre dois imperadores, o do Oriente e do Occidente, e um sem numero de bandos civis alevantados

---

(1) Lei III, cf. Cod. Just., XI, 5, 1; mas tambem poderia deduzir-se da *lex romana wisigothorum* (Pauli sent., liv. V, tit. 3, 2), segundo adverte GAMA BARROS, *Historia da Administração Publica em Portugal*, Lisboa 1885, vol. I, pag. 61. Lei IV (confiscação dos bens aos aleivosos e traidores); nella, como em Justiniano (Cod., IX, 49, 10; e Nov. 134, 13, *in fine*) e contrariamente á *lex romana* (Cod. Theod., IX, tit. 32, const. 1 e 3), excluem-se da successão os filhos póstumos. Lei VIII (multas aos appellantes que decairem): as constituições 40 e outras do Cod. Theodosiano, XI tit. 30, que a respeito legislavam, não entraram no *Breviario*. Lei VIII: "de todo em todo faça (o porteiro d'el rei) a eyxecuçon se mais non fazer ca en na nossa sentença he mandado"; cf., Cod. Just., XII, 61, 2.

por ambiciosos, Gerencio, general romano, que governa a Espanha, tendo feito aclamar imperador um certo Maximo, abriu passagem pelas montanhas aos vandalos, alanos e suevos. Este successo mudou subitamente a sorte da peninsula. Os vandalos e suevos apossaram-se do territorio da Gallecia e do que hoje chamamos Castella a velha; os alanos occuparam a Lusitania e a Carthaginense; os silingos, tribu vandala, fez assento na parte da Betica, actualmente denominada Andaluzia... Mas o povo que devia substituir esta primeira aluvião e estabeleceria na Espanha o seu dominio de tres seculos não tardou a transpor os Pyrineus. Os visigodos, capitaneados por Ataulpho, invadiram a peninsula".

12. O Codigo visigotico. — Ainda ao tempo da separação de Portugal, a lei geral de Leão e Castella era o Codigo visigotico. E resistiu ao dominio sarraceno. Nelle e no direito consuetudinario é que se lançam os alicerces do direito português. O costume é que faz a lei, diz-se em documento do Seculo XII; daí a pluralidade de direitos locaes, facto inevitavel na elaboração tradicional, empirica, do direito. O que *é*, sómente porque *é*, está bem (1): "costume he", diz-se então, "e des hi he dereyto" (2).

13. O elemento arabe. — A victoria sarracena, sob o commando de Mussa, que derrotou, em Jerez, o rei Rodrigo, não interrompeu, para os portugueses, a tradição juridica romano-goda, não só porque os arabes, nos povos que invadiam, ou dominavam, como que boiavam qual azeite e não tinham com

(1) *Introducção á Politica Scientifica*, n. 159.

(2) *Leges et consuetudines*, tit. I, pag. 255.

elles sufficiente miscibilidade, como porque a Lusitania logo passou ao reino de Oviedo ou de Leão, que recebeu o nome primitivo de *Reino das Asturias*, fundado pelo godo Pelagio. No direito civil, a influencia arabe é quasi nulla. O proprio Alexandre Herculano, que a apontou noutros ramos, reconhece que a jurisprudencia civil ficou illesa. Assim, tambem, Coelho da Rocha e Julio de Vilhena. Só Theophilo Braga quis attribuir aos mouros a acção "synthetizadora" do *civilismo* romano com a *independencia* germanica, que Vilhena e Martins Junior profligaram.

A acção arabe não é criadora de instituições, nem transplantadora, mas catalysante, reveladora. Os *foraes* não provêm da invasão arabe, mas o respeito do arabe á propriedade privada *concorreu* — melhor diziamos *permittiu* — o direito dos *foraes*.

A differença de religião concorria para a immiscibilidade. E exagerou Theophilo Braga a acção "catalysadora" do direito arabe; mas seria erro reputar inexistente qualquer influencia, ainda no direito civil, do elemento arabe.

Em todo o caso, entre os demais elementos do direito consuetudinario (usos e habitos immemoriaes, antigos costumes germanicos, deixados na população e não sanccionados pelos legisladores, influencia juridica da Igreja) deve ser incluido o que constitue costume mosarabe (1).

Gente administradora, influiu nas medidas fiscaes como nos termos de administração: alcaide, alfandega, almoeda, almoxarife, alqueire, alvará, etc.

---

(1) Musta'rab, homem que procura imitar o arabe. Na Chronica latina de Affonso VII, escripta no Seculo XII, lê-se: "Multos Christianos, quos vocant Muzarabes".

14. Resquicios do direito germanico. — Do terceiro periodo ficaram no direito brasileiro, ainda com o Codigo Civil de 1916, o regime da communhão universal de bens, a liberdade testamentaria de dispor da terça (elevada á metade desde a Lei n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907) e algumas regras do regime dotal. E' o elemento germanico antigo, *visivel*, institucional, no nosso direito.

Além deste, ha certamente o que se passou aos sentimentos e o que nos veio, mais tarde, do Imperio e das leituras alemãs no Seculo XIX.

15. O direito foralicio. — Os *foraes* — forum, foros, bonos foros, carta firmitudinis et stabilitatis, foral — eram de tres especies:

1) Os que regulavam as relações entre as sociedades ou circulos sociaes interiores — *concelhos* — e o circulo envolvente, *nação*, representada no Rei e nos agentes do governo geral. São as constituições politicas dos municipios.

2) Os que regulavam relações de ordem civil ou criminal, dados a cada concelho, que se criava, ou ao que já existia, mas no qual faltavam costumes que as regulassem. Proviam á adaptação dos individuos á vida social, dentro de cada concelho, e consistiam, pois, em leis civis e criminaes *locaes*.

3) Os que dispunham sobre os *aforamentos* feitos collectivamente ou por titulo generico, a muitos individuos, em numero determinado ou não, e nos quaes se estipulava o *fôro* ou pensão que cada morador devia pagar ao senhor do terreno, quer se tratasse do Estado (*terras da Corôa*), quer do Rei (*reguengos*), quer de particular (*herdamentos*).

Numa quarta classe poder-se-iam incluir os mixtos das leis especiaes, em que mais se corrigiam defeitos de adaptação do que se provia á constituição dos municipios, ou ao suprimento

elles sufficiente miscibilidade, como porque a Lusitania logo passou ao reino de Oviedo ou de Leão, que recebeu o nome primitivo de *Reino das Asturias,* fundado pelo godo Pelagio. No direito civil, a influencia arabe é quasi nulla. O proprio Alexandre Herculano, que a apontou noutros ramos, reconhece que a jurisprudencia civil ficou illesa. Assim, tambem, Coelho da Rocha e Julio de Vilhena. Só Theophilo Braga quis attribuir aos mouros a acção "synthetizadora" do *civilismo* romano com a *independencia* germanica, que Vilhena e Martins Junior profligaram.

A acção arabe não é criadora de instituições, nem transplantadora, mas catalysante, reveladora. Os *foraes* não provêm da invasão arabe, mas o respeito do arabe á propriedade privada *concorreu* — melhor diziamos *permittiu* — o direito dos *foraes.*

A differença de religião concorria para a immiscibilidade. E exagerou Theophilo Braga a acção "catalysadora" do direito arabe; mas seria erro reputar inexistente qualquer influencia, ainda no direito civil, do elemento arabe.

Em todo o caso, entre os demais elementos do direito consuetudinario (usos e habitos immemoriaes, antigos costumes germanicos, deixados na população e não sanccionados pelos legisladores, influencia juridica da Igreja) deve ser incluido o que constitue o costume mosarabe (1).

Como administradora, influiu nas medidas fiscaes como nos termos de administração: alcaide, alfandega, almoeda, almoxarife, alqueire, alvará, etc.

---

(1) [illegible] o arabe. Na Chronica [illegible] de Affonso VII, escripta no Seculo XII, [illegible]: "[illegible] Christianos, [illegible]".

14. Resquicios do direito germanico. — Do terceiro periodo ficaram no direito brasileiro, ainda com o Codigo Civil de 1916, o regime da communhão universal de bens, a liberdade testamentaria de dispor da terça (elevada á metade desde a Lei n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907) e algumas regras do regime dotal. E' o elemento germanico antigo, *visivel*, institucional, no nosso direito.

Além deste, ha certamente o que se passou aos sentimentos e o que nos veio, mais tarde, do Imperio e das leituras alemãs no Seculo XIX.

15. O direito foralicio. — Os *foraes* — forum, foros, bonos foros, carta firmitudinis et stabilitatis, foral — eram de tres especies:

1) Os que regulavam as relações entre as sociedades ou circulos sociaes interiores — *concelhos* — e o circulo envolvente, *nação*, representada no Rei e nos agentes do governo geral. São as constituições politicas dos municipios.

2) Os que regulavam relações de ordem civil ou criminal, dados a cada concelho, que se criava, ou ao que já existia, mas no qual faltavam costumes que as regulassem. Proviam á adaptação dos individuos á vida social, dentro de cada concelho, e consistiam, pois, em leis civis e criminaes *locaes*.

3) Os que dispunham sobre os *aforamentos* feitos collectivamente ou por titulo generico, a muitos individuos, em numero determinado ou não, e nos quaes se estipulava o *fôro* ou pensão que cada morador devia pagar ao senhor do terreno, quer se tratasse do Estado (*terras da Corôa*), quer do Rei (*reguengos*), quer de particular (*herdamentos*).

Numa quarta classe poder-se-iam incluir os mixtos das leis especiaes, em que mais se corrigiam defeitos de adaptação do que se provia á constituição dos municipios, ou ao suprimento

da lacuna no direito costumeiro e ás relações emphyteuticas ou de *emprazamento*. Retocavam, por bem dizer, as situações juridicas, quer para coarctar a violencia e tyrannia dos senhores, quer para attenuar o desenfreamento ou a barbaria dos habitantes.

Quanto á natureza delles, é bem possivel que mais constituissem *reconhecimento* do que *declarações* de direitos: baseavam-se nos costumes, que as cartas de foral reduziram á escripta, — instrumento de *firmidam* (firmidade) de immunidades alcançadas em hora de revolta (1), ou em virtude de acôrdo, de protocollo, de ajuste, porque um e outro são caminhos para a acquisição de direitos.

16. Prodromos da unificação do direito português. — Depois Portugal se torna reino, assenta a independencia e procura bastar-se a si mesmo. "A separação do reino, as alterações politicas e moraes do país, os novos interesses e as novas idéas traziam naturalmente a mudança da antiga legislação. Não obstante encontrarem-se ainda citados em alguns documentos, depois da fundação da monarchia, o *Codigo Visigotico*, os *Canones dos Concilios*, e as outras leis da Época anterior, comtudo esta legislação caira visivelmente no desuso e no esquecimento. Em seu lugar a singeleza e ignorancia do tempo substituia costumes tradicionaes mais faceis em amoldar-se ás circumstancias do governo e dos lugares; dos quaes, com o nome *usos*, *costumes* e *fóros não escriptos*, se faz menção nos documentos coévos; encontram-se ratificados nos *foraes* e sanccionados depois pelas leis geraes (2)".

---

(1) THEOPHILO BRAGA, *Historia do Direito Português: Os foraes*, parte I, cap. 2; — OLIVEIRA MARTINS, *Historia da Civilização Iberica*, livro III, cap 2.

(2) COELHO DA ROCHA, *Ensaio sobre a Historia do Governo e da Legislação de Portugal*, pag. 74.

O desenvolvimento *agricola* e o factor negativo do gosto da navegação formam, como superestructura, o direito economico. Veio a *lei das sesmarias,* em que se dão as terras abandonadas a quem as cultive, se mandam prender e obrigar ao trabalho os vadios, mendigos e ociosos e se adoptam outras medidas, com intuito de manter a agricultura de Portugal que, nos primeiros seculos da Monarchia Lusitana, "entre todas as terras e provincias do Mundo soia ser muito abastado de trigo e cevada" (1). Vieram os *aforamentos,* logo transformados pelos principios feudaes e a prepotencia em contractos pesadissimos (laudemios, serviços pessoaes, direitos banaes, lutuosas). A *lei da avoenga* deu aos descendentes ou parentes proximos o direito de preferencia no caso de alienação dos bens hereditarios da familia e o direito de os retrair ou remir dentro de certo prazo. Só no fim desta época surgem os morgados (2). Das industrias pouco se cuidava; e o commercio era assaz restricto e local.

§ 3º. TENTATIVA DE CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS

As tentativas de codificação não foram os primeiros passos para a unificação do direito, que traduzisse o phenomeno politico da centralização (lei da dilatação e integração dos circulos sociaes), e sim os movimentos *já conscientes* para que o direito se uniformizasse.

17. Tentativas pre-affonsinas. — Antes da codificação affonsina, houve tentativas, conhecidas por "Livro das leis e posturas", "Livro das leis antigas" e "Ordenações de Dom

(1) Preambulo da lei das Sesmarias nas *Ordenações Affonsinas,* Liv. IV, tit. 81, § 1.
(2) *Ordenações Affonsinas,* Liv. IV, tits. 37 e 38.

Duarte", mas deficientes, e dellas não restam senão fragmentos, e de algumas leis sómente cópias, de datas duvidosas, em linguagem obsoleta e descuidada, mal pontuadas e sem grammatica. De D. Affonso I e do filho não ficaram textos de leis; de Sancho II, nenhum; de Affonso II, porém, seu antecessor, possuem-se alguns, em que se allude a leis escriptas anteriores a elle e communs a todo reino.

Aliás, constitue evolução a concentração dos poderes esparsos em um individuo (1), como se deu com o prestigio real, através dos embaraços do pluralismo medieval, com as *immunidades* e *privilegios*, e esta evolução se reflecte na funcção legislativa, na generalização e incremento do direito, o que assaz se evidencia depois de Affonso III. E' facto sociologico, que facilmente se verifica em qualquer povo, — em Portugal, em Castella (Seculo XIV), no Brasil imperial, como na Alemanha unificada, na Roma imperial.

Ainda no Seculo XV, os poderes locaes impõem o seu direito; e vemos prova disto na deliberação do rei, em 1472, que rompe com o resolvido, em 1439, de que só se adoptassem, para os respectivos concelhos, os dispositivos das côrtes, que os procuradores escolhessem e quisessem levar: só então se ordena que se cumpram em toda a parte. Ainda assim resistiam, obtinham dispensas, que o soberano promettia não dar mais. Nestes factos, nitidamente se verifica a integração do circulo portu-

(1) *Introducção á Politica Scientifica*, n. 119: "Em multos seculos, foi necessaria certa oppressão para que se organizassem os Estados; mas então o *quantum* despotico não augmentou, apenas se substituiu á multiplicidade das violencias inter-individuaes, entre classes, entre profissões, ou entre grupos, uma só, menor que a somma dellas, posto que mais visivel por talvez ser, comparada com qualquer dellas, muito maior. Depois, unificada a violencia e diminuida, por ser menor que o conjunto das violencias dispersas e hostis ou anteriores á organização, podem começar, com os resultados dos esforços organizadores, a transformação da energia e a diminuição do *quantum* despotico. Ha, pois, ditaduras que concentram o despotismo ambiente com vantagem para o grupo social, porque é menor o dellas que a somma de todas as violencias anteriores á sua implantação""

guês: em vez do direito foraleiro, plural — o direito nacional, generalizado, monista. A principio registam-se officialmente as leis (1). Depois, vêm as compilações, os Codigos, indicio de seguridade e pujança do poder central.

§ 4º. CODIFICAÇÕES

As condificações indicam certa confiança, certa seguridade no ditar a lei; politicamente, são signaes de força consciente de si mesma.

18. Ordenações Affonsinas. — Da primeira compilação portuguesa foi encarregado João Mendes e, por morte deste, o Dr. Ruy Fernandes. Concluiu-se e publicou-se em 1446, em nome de D. Affonso V, sendo regente o infante D. Pedro, depois de a reverem Ruy Fernandes, Lopo Vasques, e os juizes superiores Luís Martins e Fernão Rodrigues. São as *Ordenações Affonsinas,* cujas fontes foram o Direito Romano e o Canonico, as *Leis das Partidas* de Castella, e antigos costumes *nacionaes,* das *cidades* e das *villas.*

A respeito das Ordenações Affonsinas escreveu Coelho da Rocha: "Se quisessemos ajuizar destas Ordenações pelas idéas do seculo actual, muito haveria que censurar; porém, se remontarmos á éra em que foram compiladas, e nos rodearmos das circumstancias, costumes e maximas, que então vogavam, não só havemos de escusar, mas ainda admirar os seus autores; os quaes com poucos subsidios e sem modelo empre-

(1- *Ordenações Affonsinas.* Liv. III, tit. 6, § 1, tit. 15, § 13 (onde se fala de "Livro grande das Leyes, ás cento e oitenta e cinco folhas") e §§ 27 e 29 ("Livro das Leyes do Reino, que está na Casa do Civel").

henderam este Codigo, o primeiro de *toda a Europa* depois dos da meia idade. Falta-lhe, é verdade, unidade de plano. A mistura das disposições do systema feudal, que decaía, com os principios de Direito Romano e Canonico, que se acreditavam, deixou nellas contradicções e inconsequencias, que debalde procuraremos concluir. Porém, se nas Ordenações posteriores alguma philosophia se pode descobrir, é aos compiladores das Affonsinas que ella se deve; porque os das outras pouco mais fizeram do que em parte copiá-las sem attenção á mudança dos tempos; em parte mutilá-las, e torná-las difficultosas de entender por falta das integras e omissão dos motivos que as tinham ditado, os quaes a cada passo precisam ser indagados (1)".

Muito influem nas Ordenações Affonsinas o Direito justinianeo e o Canonico. Dividem-se em cinco livros, talvez por imitação das decretaes de Gregorio IX. Sociologicamente é o signal concreto de que decaía o direito local (pluralismo juridico) e progredia o direito reinicola (monismo juridico), successão normal na historia do direito. A noção e os direitos de soberania, que eram precisos, foram auto-enxertados do direito romano (2), em symetria com o typo imperial, que constituia o padrão influente e fecundo. Nas jovens nações, é vulgar que se torne obra de um homem, ou de uma geração, ou de um grupo, o que nas velhas constituiu obra dos seculos.

No caso de *lacunas*, recorria-se ás glossas e opiniões de Acursio, depois ás de Bartolo, dogmaticamente respeitadas; no caso de discordancia, ou absoluta falta de textos legaes, de Acursio e de Bartolo, — á *consulta* ao Governo.

Por este tempo, ainda não era regular a publicação das leis, não se fazia ao publico, generalizadamente, mas por meio de co-

(1) COELHO DA ROCHA, *Ensaio*, pag. 125.
(2) *Ordenações Affonsinas*, Liv. II, tit. 324, lei de D. Duarte.

pias que se pediam aos officiaes da Corôa ou, ás vezes, pelo registo e mediante a leitura, pelos tabelliães, nos tribunaes dos Concelhos.

Nas Ordenações Affonsinas (Liv. I, tit. II) não se encontra, entre os deveres do chanceller-mor, a obrigação de publicar as leis, porém será expressa nas Ordenações Manuelinas (Liv. I, tit. II, § 9). Algumas leis, de que hoje se tem noticia (Seculo XIII), satisfazem-se (como dissemos) com o registo pelos tabelliães, outras com o registo e a leitura em cada Concelho, e outras exigem, cada semana, a leitura (carta regia de 1 de agosto de 1281), ou até um anno (leis de 1 de junho de 1303 e de 3 de fevereiro de 1311), ou a miudo (Lei de 31 de julho de 1282), ou em cada sexta-feira (Resolução regia de 18 de fevereiro de 1311), ou aos domingos (Carta de 15 de junho de 1311), ou uma vez por mês (Lei de 19 de março de 1317). A lei sobre uso das redes de malha miuda, sem data, mas de Affonso V, foi lida aos pescadores de Santarém, Abrantes e Punhete, a que interessava, "por quanto nos parece que esto bastará para delo vir noticia a todos". Os prazos de vigencia eram variaveis, immediatos ou marcados. Com o Alvará de 10 de dezembro de 1518, quando em principio geral se tornou a publicação na Chancellaria da Côrte, fixou-se afinal o prazo de sessenta dias.

19. Ordenações Manuelinas. — As Ordenações de Dom Manuel provêm de 1514, de acôrdo com a reforma de que o rei encarregara, em 1505, a Ruy Botto, Ruy da Grã e João Cotrim. Finalmente, foi emendada e concluida a impressão em 1521. As revisões ao Codigo Affonsino são poucas; systema, divisão, principios permanecem: augmentaram-no de certas providencias, attenderam-se as leis que se publicaram depois delle, e tornou-se mais conciso o estylo. Desappa-

recem as disposições legaes que symbolizavam a dissymetria social entre mouros e christãos, ou entre christãos e judeus. Cogitou-se dos bens dos estabelecimentos de piedade, diminuiram-se prazos das demandas, etc. Depois das Ordenações Manuelinas, Duarte Nunes de Leão compilou as leis posteriores até o anno de 1569, trabalho que o Alvará de 14 de fevereiro do mesmo anno confirmou. Com este material serão elaboradas, mais tarde, as Ordenações Filipinas. Após o descobrimento da India por Vasco da Gama, o luxo, a avidez, a corrupção invadem Portugal; despovôa-se o Reino. E' a riqueza, — e a decadencia.

E' em tempos taes que se vae colonizar o Brasil. Para que mais este enorme territorio, se Portugal se via obrigado a abandonar grande parte das suas conquistas, mais rendosas, então, do que elle? Por isto ficará de lado, negligentemente entregue aos poucos immigrantes portugueses.

Um dos serviços das Ordenações Manuelinas temos no regime matrimonial de bens. Nas Affonsinas, ainda se notava a pluralidade de costumes, que uns tinham a communhão universal como *regra geral* e outros só *oriunda de convenção*. Tanto assim, que as expressões — *carta de ametade* e *segundo o costume do Reino* — denunciam a variedade (Ord. Aff., Liv. IV, tit. 12). Nas Ordenações Manuelinas (Liv. IV, tit. 7) obvia-se a isto, *unifica-se*, symetriza-se, generaliza-se o costume da *convenção tacita*: determinou-se que o regime da communhão seria o legal, se nada convencionassem os esposos. E assim passará para as Ordenações Filipinas (Liv. IV, tit. 46). Em 1916, com o Codigo Civil, ainda prevalecerá tal regime, que é assaz differente do que possuem os outros Codigos. No art. 259 ainda se dará ganho de causa á doutrina que — embora o regime não fosse o da communhão — mandava que prevalecessem,

quanto aos adquiridos na constancia da sociedade conjugal, os principios della.

20. **Ordenações Filipinas.** — Em 1603, procedeu-se, definitivamente, e publicou-se, a reforma das *Ordenações*, iniciada por Filipe I e publicada por Filipe II. Nas Ordenações Filipinas, collaboraram Paulo Affonso, Pedro Barbosa, Damião de Aguiar e Jorge Cabedo. Candido Mendes accrescentava: Melchior do Amaral, Diogo da Fonseca e Henrique Sousa. Ha nellas serias contradicções. Continuaram subsidiarios o Direito Romano e o Canonico, e, na falta delles, as opiniões de Acursio e de Bartolo, *quando a opinião commum dos doutores não fosse contraria.*

21. **Caracteristicas das tres Ordenações.** — Nas causas immediatas, as Ordenações Affonsinas resultavam da necessidade da affirmação nacional, depois da victoria de Aljubarrota, a que era propicio o romanismo doutrinario, triumphante nos grandes espiritos do momento. João das Regras fôra discipulo de Bartolo, estudara em Bolonha. Ordenações Affonsinas = romanismo dos juristas + nacionalismo.

Outros foram os motores das Ordenações Manuelinas. Nestas, os factores principaes consistiram na ambição pessoal do monarcha e na necessidade de aproveitar, no novo codigo, as doutrinas romanistas do poder absoluto dos reis, com que se apagassem, até certo ponto, o disseminado poderio local dos "senhores", o pluralismo do direito dos *foraes*, que reflectia a formação empirica, tradicional, esparsa, dos direitos locaes. Ordenações Manuelinas = vaidade de D. Manuel + necessidade de prestigiar o Direito Romano que concorria para a unificação do direito.

As Ordenações Filipinas, elaboradas sob dois reis espanhóes reputados intrusos, foram actos de seducção, com que os dois Filipes tentaram captivar a estima do povo, que governavam, e ao mesmo tempo reagir contra o realce do Direito Canonico, que D. Sebastião tanto favorecera, a ponto de, sem restricções, aceitar em Portugal o Concilio de Trento. Ordenações Filipinas = tentativa, por parte dos Filipes, de parecerem portugueses ou amigos do povo português + reacção contra o predominio do Direito Canonico.

22. Mais de tres seculos de vigencia. — Destino singular o das Ordenações Filipinas: feitas e promulgadas sob reis intrusos, que não figuram nas galerias, como se a historia ainda teimasse em não reconhecer a usurpação espanhola, foram revalidadas e confirmadas pelo novo rei nacionalista (1643) e victorioso; e — no solo americano — com a Independencia do Brasil e, depois, com a Republica, duas vezes se confirmam e persistem. Como em 1640, o codigo de 1603 resiste á quebra dos laços politicos entre Portugal e o Brasil, e, ainda depois de revogado em Portugal, ao desmoronamento do throno imperial brasileiro. E' deveras admiravel que a codificação acoimada de "desnecessaria, intempestiva e publicada com dólo" (Lei de 25 de maio de 1773), "superflua e machinada por astutos e infieis compiladores movidos por mutuos e particulares interesses", segundo dizia outra Lei, a de 25 de janeiro de 1775, permanecesse em vigor, fóra da Europa, de 1603 até 31 de dezembro de 1916! Resistiu a tres mudanças politicas radicaes, — a de 1640, a de 1822 e a de 1889.

No art. 83 da Constituição brasileira da Republica dispôs-se: "Continuam em vigor, em quanto não revogadas, as leis do antigo regime, no que explicita ou implicitamente não fôr contrario ao systema de governo firmado pela Constituição e aos

principios nella consagrados". Em virtude da revogação *implicita* não podiam perdurar, e assim foi entendido: a servidão de pena, a morte civil, a differença entre filhos de nobre e de peão quanto ao direito de successões, etc.

23. Caracter e valor das Ordenações Filipinas. — Qual o caracter e valor das *Ordenações* que regeram o Brasil, ainda depois de revogadas no país de origem? Será proveitoso, antes de o dizermos, ouvir algumas vozes de Portugal. No começo do seculo passado, Mello Freire (1) exprobrou-lhe as incongruencias, contradicções e falhas, a remissão por bem dizer preguiçosa e commodista ao Direito Romano e Canonico. Coelho da Rocha (2) insistia: "Da mesma maneira que na Manuelina, foram adoptados como subsidiarios um e outro daquelles direitos, e na sua falta as opiniões de Acursio e Bartolo, quando a opinião commum dos doutores não fosse contraria. Por esta maneira, ainda no Seculo XVII veio a conferir-se autoridade extrinseca ás opiniões, as quaes desde o seculo anterior estavam desacreditadas, depois que os jurisconsultos, seguindo a Escola de Cujacio, iam procurar as decisões na razão e no *espirito das leis,* sem cogitar das glossas ou opiniões dos seus antecessores: o que é prova de sobejo da incuria dos compiladores da Ordenação Filipina, ou antes da decadencia em que iam as letras e jurisprudencia. O resultado desta disposição foi que os juizes nas especies duvidosas não consultaram mais a razão, nem a equidade: não aprofundaram as leis, nem recorreram ao seu espirito e analogia, contentando-se com fazer acompanhar as suas decisões de um longo prestito de autores, não só

(1) *Historia Juris Civilis Lusitani*, cap. IX, §§ 91-93.

(2) *Ensaio sobre a Historia do Governo e da Legislação de Portugal*, 6ª edição, §§ 251 e 252, pags. 191, 192.

jurisconsultos, mas até moralistas e casuistas, o que na linguagem do tempo constituia *opinião commum*. Da mesma maneira, as allegações dos advogados reduziam-se, pela maior parte, á accumulação, tão extensa quanto fastidiosa, de remissões, quasi sempre copiadas, e muitas vezes improprias. A par deste vicio, introduziu-se o outro de julgar pelos *arestos* e *casos julgados*, sem examinar escrupulosamente a identidade da especie, nem os motivos legaes da sentença, que se trazia para exemplo". O mesmo arguia-lhe Mello Freire (1), cujo espirito sempre se revoltou contra a mecanica, inconsciente e emperrada *applicação do direito* em Portugal.

Escusado é dizer que este vicio persiste, torna-nos, a nós, povo moço, velho e rotineiro. As nossas leis e, mais do que ellas, a praxe attestam este caminhar vagaroso, timido, somnolento, que se não compadece com o seculo, nem com os problemas internos e externos da Patria.

24. Legislação pombalina. — Achavam-se os espiritos amofinados com o desacerto das interpretações de Acursio e de Bartolo, com o prestigio da *opinio doctorum*, com a mecanica citação de textos exegeticos ou de julgados, como se valessem as opiniões pelo numero e não pelo que realmente persuadissem. E' neste momento que o *racionalismo*, pelo pulso forte do Marquês de Pombal, atira aos jesuitas e ao povo, á Igreja e aos julgadores, a Lei de 18 de agosto de 1769, denominada da "Bôa Razão", porque com ella recommendava se conferissem as opiniões dos doutores. A desmoralização dos *argumentos de autoridade*, sobre os quaes a cada passo se citavam os dizeres de Cicero (*de divinat.*, II, 58) e do jurisconsulto Gama (*Decisiones*, 202, n. 3) — "nada tão absurdo que não tenha um douto que o apoie" — leva o estadista a procurar outro criterio, em que se

(1) *Historia Juris Civilis Lusitani*, § 129.

possa firmar. No que concernia ás *lacunas da lei*, as innovações foram sensiveis.

Manda-se:

que seja inalteravel o modo de julgar, *assentos* (§§ 4, 5);

que, havendo duvidas, se fixe, antes, a intelligencia da lei (§ 6);

que, em assumptos politicos, de ordem economica e mercantil, se recorra ás leis das nações civilizadas da Europa, e não ás Romanas (§ 9);

que se attenda ao espirito das leis, e não a outras regras de interpretação (§§ 10, 11);

que as glossas e opiniões de Acursio e de Bartolo não possam ser allegadas em Juizo, nem seguidas, nem as de outros doutores: acima dellas estão as bôas razões (§ 13);

que o *costume* seja conforme a boa razão e as leis do Reino, e de mais de cem annos (§ 14), e

que se estude, porque disso resulta melhor julgamento e menos perigoso manejo do methodo aconselhado (conferencia com a Bôa Razão).

25. Reacção á lei pombalina. — Comprehende-se que houvesse reacções, censuras, enthusiasmos, lutas. Era geral, nos lucidos espiritos, a exprobração aos vicios interpretativos de então, — o citar automatico, o prestigio extrinseco, numerico, das opiniões. Mas que haviam de propôr os reaccionarios?

No seu commentario a essa lei, que se chamou da Bôa Razão, escreveu Correia Telles (1), com o espirito de reacção, que facilmente lhe se nota: "A meu ver, a revogação da Ordenação, que neste paragrapho se fez (2), deixou a ju-

(1) *Commentario critico á Lei da Bôa Razão*, n. 196 ao § 13 da lei de 1769.

(2) Refere-se ao seguinte § 13 da Lei de 18 de agosto de 1769: "sendo certo, e hoje de nenhum douto ignorado, que Acursio e Bartolo, cuja autoridade mandou seguir a mesma Ordenação, no § 1 do sobredito titulo, foram destituidos".

risprudencia nacional em um arbitrario mais amplo, do que antes era. Havendo como ha em direito tantas controversias, e um Codigo de leis tão insufficiente para as decidir, que foi necessario buscar refugio nas dos Romanos, e outras reconhecidas outrosim por defeituosas e obscuras; quanto melhor não era mandar seguir as opiniões de taes ou taes Doutores, reconhecidos por melhores: do que deixar as decisões ao arbitrio da *bôa razão!* Quantos casos, em que esta bôa razão he quasi imperceptivel, ainda aos olhos do mais attento observador! He verdade que Acursio e Bartolo não foram bons interpretes das Leis Romanas, nem era possivel que o fossem, attento o seculo em que viveram; mas, se das suas opiniões não resultava perigo da salvação eterna, quanto melhor segui-las, que vagar na incerteza! Conviria pois que nossa lei, desautorizando Acursio e Bartolo, lhes substituisse outros doutores de melhor monta, a fim de ficar menos campo ao perigoso arbitrio dos Julgadores". Criticava com desacerto, e propunha o retrocesso.

O estadista, com o poder de mudança que lhe conferia a Politica (= — 2) e a Economia (= — 3), propôs a reviravolta, só recorrendo a criterios juridicos para a estabilidade (*assentos,* centenariedade dos costumes). O jurista-religioso queria nada menos do que a consagração de uma autoridade, a adopção politico-juridica de "taes ou taes Doutores", que servissem de evangelhos e textos sagrados!

26. **A legislação pombalina e o costume.** — A tendencia da Lei de 18 de agosto de 1769 para o *valor intrinseco,* e não mais *extrinseco,* das opiniões, está em quasi todos os pontos della; e serve de exemplo insigne o *costume,* como fonte do direito: nas Ordenações mandava-se observar o direito consuetudinario quando longamente usado e tal que por direito se de-

vesse guardar (III, tit. 64). Na Lei de 1769 esclarece-se o sentido e, mais ainda, exigem-se certos caracteres, para que se possa considerar jurigeneo o costume: a) conformidade com a bôa razão que deve constituir o espirito das leis; b) não ser contrario a lei nenhuma; c) ter mais de cem annos.

Mas a vida é grande mestra. A despeito da prohibição legal do costume abrogatorio ou derogatorio (1), a jurisprudencia reconhecia o *acto juridico* dos seguros de vida, e assim se passaram os annos, até que o Decreto n. 294, de 5 de setembro de 1895, a Lei de 26 de dezembro de 1900, art. 2, n. X, o Decreto n. 4.270, de 1891, e o n. 5.072, de 1903, viessem regular o assumpto.

Antes, já o conselheiro imperial Ribas (2) advertia: "O Alvará de 30 de outubro de 1793, posterior á citada lei da Bôa Razão, *confirmou* o costume introduzido no Brasil, em opposição á Ord. do Liv. III, tit. 59, de valerem como escriptura publica os escriptos e assignados particulares, e de se provarem, por testemunha, quaesquer contractos, sem distincção de pessoas e de quantias, á excepção dos que forem celebrados nas cidades, villas ou arraiaes, onde houver tabelliães, ou em distancia tal que se possa commodamente ir a elles e voltar no mesmo dia, se a quantia exceder a dois mil cruzados em bens de raiz ou a tres mil em moveis". Ora, a Ordenação do Liv. III, tit. 59, dizia que, em taes casos, "se requere escriptura publica, não será recebida prova alguma de testemunhas; e se forem recebidas testemunhas, tal prova será nenhuma, e de nenhum effeito, posto que a parte o não opponha".

---

(1) Codigo Commercial, art. 685: "E' prohibido o seguro, 2º sobre a vida de alguma pessôa livre". Só a do escravo, como *coisa*, seria seguravel.

(2) *Curso de Direito Civil*, vol. I, 2ª edição, pag. 141, nota 22.

§ 5º. CURTO EXAME DOS PERIODOS EUROPEU-AMERICANOS DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Em breve olhar de conjunto, mostremos a evolução do direito civil.

Esta evolução não é arbitraria; obedece, como tudo, a leis. Nella, como em todas, as grandes leis sociologicas nitidamente se confirmam.

27. Pessoas: escravos, senhores, adventicios, etc.— No direito peninsular pre-romano havia a distincção entre livres e escravos. A falar dos Astures, diz Plinio que entre elles existiam 240.000 homens livres, — o que só se entende se havia escravos. Aos escravos de Viriato referiu-se Apiano. Um edicto do proconsul Emilio Paulo, datado de 189 antes de Christo e encontrado em Cádiz, decreta que ficassem livres os servos dos Hastenses, que habitavam na torre Lascutana; mas ha divergencia quanto á condição de taes servos (Madwig crê que fossem escravos fugitivos da cidade de Hasta; Mommsen e Berlanga, individuos de condição inferior, semelhante á dos ilotas de Esparta; Hinojosa, escravos fugitivos de Hasta, que se refugiaram na torre Lascutana e recorreram ao protectorado romano).

No periodo godo continúa a clivagem social em livres e escravos, com as denominações romanas, *servi* e *domini* ou senhores. Mas differenciava-se a classe dos escravos:

a) os *idoneos*, ou que pela habilidade industrial mais mereciam que os outros;

b) os *inferiores*, que são os sem valor de trabalho, os *vís*, *infimos* e *rusticos* do Codigo visigotico, porém que não equivaliam aos escravos ruraes em geral, como pareceu a Alexandre Herculano, e sim a não revelados em merito, como se deprehende da Lei 15, Liv. III, tit. IV, e 4, Liv. III, tit. 1;

c) os *servi fiscales*, exactores da Fazenda e administradores dos bens do Principe, capazes de exercer cargos e de possuir terras e escravos *infimos*, que, de direito e de facto, pertenciam, como elles, ao Fisco;

d) *os escravos da Igreja*, que, desde o III Concilio de Toledo, em 589, não podiam ser empregados em trabalhos, publicos, ou particulares, pelos juizes ou exactores publicos, e só se emancipavam de acôrdo com os canones.

Neste periodo do direito peninsular, pensava Alexandre Herculano que os escravos eram *pessoas*, e não *coisas*, pelos denominar *pessoas* o Codigo visigotico (Leis 13, Liv. V, tit. IV; 18, Liv. IX, tit. I; 9, Liv. XII, tit. 2). Mas, em taes textos, *persona* significa *homem*: a situação delles não era muito differente da dos animaes, se bem que melhor do que a do escravo romano e. em attenção a serem homens, *serviles personae*, não podiam ser castigados com pena de morte e soffria punição rigorosa o senhor que, sem a intervenção do magistrado, mutilasse o escravo (Liv. VI, tit. V, L. 13). Para os romanos, o escravo fugido *furtava-se* ao dono, não podia invocar o usucapião ou a prescripção de longo tempo. Mas desde a *Lex Antiqua Wisigothorum* se reconheceu que não podiam ser reescravizados os fugitivos que não fossem recuperados pelos senhores nos cincoenta annos após a fuga. E o Codigo visigotico, a que passou a lei, estabeleceu a prescripção de trinta annos a favor do que vivia, sem contradicção, como ingenuo (Liv. III, tit II, L. 3, 7).

Mas o escravo podia alienar coisas de pequena valia, que entravam para o peculio sem consentimento do senhor (L. 13, Liv. V, tit. IV) e tinha direito de successão quanto á metade dos bens do libertino se este era parente seu (L. 13, Liv. V, tit. VII). Os visigodos só admittiam o consorcio dos escravos com o consentimento dos donos, mas o Codigo visi-

gotico mandou que subsistisse o vinculo matrimonial se os senhores não os separassem dentro de um anno (L. 17, Liv. X, tit. I). A prova testemunhal do escravo tinha valor quanto ás ultimas declarações de vontade dos homens livres (L. 12, Liv. III, tit. V) e aos homicidios (L. 9, Liv. II, tit. IV), se não houvesse pessoas livres que depusessem. Os escravos entram, armados e equipados, nos exercitos, talvez desde os tempos de Eurico. Tudo justifica, até certo ponto, a explicação de Alexandre Herculano quanto á personalidade do escravo visigotico. Como quer que seja, melhorou, com as idéas germanicas, a condição delles e o *Codex Wisigothorum* representa, neste ponto, sensivel diminuição do *quantum* despotico e de dissymetria interindividual.

Entre os mosarabes, permanece a escravidão goda. Na Reconquista, vincula-se ao solo e apparece sob a forma de *adscripção á gleba*. Escravos, só os ha prisioneiros arabes. Com a melhora da situação do escravo, a intervenção em combate, estabelecia-se a dissymetria entre elles e a funcção e á symetrização intraindividual correspondeu a menor dissymetria interindividual: a instituição profundamente se modifica; não ha trocas, nem vendas de escravos; quando figuram nos contractos, estão incluidos ou juntos a *villas. decanias,* tratos de terra.

Tende a servidão da gleba, mais tarde, a transformar-se em colonato livre. Attribuem-no ao christianismo, o que é falso. O direito canonico (Decreto de Graciano, C. XXXII, q. XV, can. 15) procura mantê-la quanto possivel: *semper qui nasci-* *deteriorem partem sumit.* A igualdade perante Deus não im- sas: a igualdade perante os homens. Outras foram as cau- lação e cia de escravos mouros; desenvolvimento da popu- agens comprovadas do trabalho livre. Emigravam

os servos e colonos e operava-se a concurrencia entre os senhores, que assim abandonavam a antiga solidariedade no retê-los.

Nas Ordenações Manuelinas ha vestigios da servidão da gleba (Liv. II, tit. 46). E as disposições passaram ás Ordenações Filipinas (Liv. IV, tit. 42): "Por quanto somos informados, que em algumas partes de nossos Reinos eram constrangidas muitas pessoas, assi homens, como mulheres, descendentes ou transversaes daquelles, que tomaram alguns casaes, ou terras, posto que seus herdeiros não fossem, que per força fossem morar e povoar essas terras e casas pessoalmente, e se não queriam ir, faziam que os prendessem, e sobrello lhe davam muita fadiga e oppressão, e os traziam em demandas: Pela qual razão muitas mulheres deixavam de casar, por não acharem quem as quisesse, por dizerem, que eram ascripticias, e obrigadas a povoarem e morarem as ditas terras e casaes; e porque a tal obrigação parece specie de captiveiro, o qual he contra razão natural: mandamos que nenhuma pessoa seja constrangida a povoar e morar casal algum, ou terra pessoalmente, por dizer, que he ascripticio, e obrigado a pessoalmente ir povoar o dito casal, por descender de semelhantes pessoas. Porque queremos que em nossos Reinos não haja semelhante genero de servidão, sem embargo de quaesquer Leis e Ordenações, que em contrario haja. Porém não tolhemos que sejam obrigados a cumprir os contractos por elles feitos, ou por aquelles, cujos herdeiros forem."

Mas se o individuo se obrigava a habitar, cultivar ou povoar a terra, temporaria ou perpetuamente, não se dava *adscripção,* pois resultava, então, do contracto, e não de força da propria condição. Os herdeiros podiam não aceitar a herança. Se a aceitavam, voluntariamente se obrigavam (1).

---

(1) MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Civilis Lusitani,* vol. II, paginas 6, 7.

Pelos nomes de *colonos, foreiros, solarengos, tributarios, villãos, juniores*, designavam-se os colonos voluntarios. Na Reconquista, existiam a *mañeria* (no caso da morte do colono, sem filhos, revertiam os bens ao senhor), as *calumnias* (multas pecuniarias impostas pelos delictos commettidos nos lugares em que habitavam), a *lutuosa* (direito do senhor de escolher na successão o que mais lhe agradasse), as *osas* ou tributo pagavel na occasião do casamento das filhas, o *ius primae noctis* ou *direito de pernada*.

Mas, com o desenvolvimento dos municipios, estes direitos desappareceram. Em todo o caso, sómente com a legislação de Pombal, em 1776, é que melhora a condição dos *foreiros* ou *emphyteutas*. Regê-los-á, nos futuros contractos, a lei da *locação*, e não a da *emphyteuse*.

28. **Homem e mulher.** — No velho direito da Reconquista, que recebera, melhorada pelo direito visigotico, a condição da mulher (Liv. III, tit. I, L. 5) — e este, se lhe não dava patrio poder, lhe concedia a tutela legitima (Liv. IV, tit. 3, L. 3; Liv. III, tit. 1, L. 8), e o direito á successão (Liv. IV, tit. 2, L. 9) — os *fueros* restringiam á mulher a capacidade: a filha, inclusive a viuva ou a esposa, não podia comparecer em justiça, nem se obrigar sem a assistencia dos parentes, ou marido. Para facilitar os casamentos, permittia-se certa forma de concubinato, a *barragania;* e autorizava-se o divorcio.

No direito português, continúa, rigido, o poder marital: castigos (Ordenações Affonsinas, Liv. V, tit. 6, § 1); carcere privado, pelo tempo que exigisse a emenda (Ord., Liv. V, tit. 36, § 1); direito de morte, se a surprehendia em flagrante adulterio, excepto se fidalgo o réo (Liv. IV, tit. 103, § 1°). Outras limitações, derivadas do direito romano e canonico, tor-

nam assaz inferior a condição da mulher; mas os seus delictos eram mais brandamente punidos.

29. Paes e filhos. — Ao *direito de vida e morte*, de *venda* e de *exposição*, que tinham os paes no direito romano-peninsular, succede o regime visigotico, que consideravelmente melhora a condição dos filhos. Assim, extinguiu-se o direito de venda dos filhos, com pena, para o adquirente, da nullidade da venda e perda do preço (Codigo visigotico, Liv. V, tit. IV, L. 13), de onde se pode tirar que o direito de morte já se abolira, punida a infracção com pena de morte (Liv. VI, tit. IV, L. 7). Permittia-se, porém, a morte das filhas encontradas em copula. A desherdação é de mistér justa causa (Liv. IV, tit. V, L. 1). Privava-se do patrio poder o que abandonava os filhos.

A condição dos filhos continúa a melhorar na Reconquista. Está nos *fueros* que, ainda aos filhos menores de doze annos sob patrio poder, se pode dar tutela, desde que os paes se descuidem da educação e lhes compromettam a vida ou fortuna. Mas, quanto aos bens, piorou a situação delles: não podiam ter bens proprios; tudo que elles ganhassem seria dos paes. O patrio poder só terminava pelo casamento dos filhos.

No direito português propriamente dito — e, pois, com maioria de razão, no brasileiro — nunca existiu o *ius vitae et necis*, nem o de venda, mas só o de castigar moderadamente os filhos. O carcere privado foi permittido nas Ordenações Affonsinas (Liv. V, tit. 95, § 4).

Encontra-se a acção *ad exhibendum* e a de furto para rehaver os filhos, — fundadas, porém, no direito de sangue ou de familia, e não de dominio (abrandavam os commentadores). Recebe-se do direito romano a distincção dos peculios (*militia, peculium castrense* e *quasi castrense*). O casamento extingue o o patrio poder.

30. Incapacidade por motivos religiosos. — Em virtude de causas religiosas, tinham capacidade limitada: no direito visigotico, os judeus e os hereticos; na Reconquista, favorecidos os judeus pela anterior invasão arabe que os elevou, é aos mouros que se destinam principalmente as vedações: depois de Affonso IV, de novo os judeus, e a nova perseguição enche o final do Seculo XV, comprehendendo judeus e mouros; os hereticos, passado o momento de tolerancia da Reconquista, são duramente punidos, desde o Seculo XIII. Quando se descobre o Brasil, ardem, na peninsula, os fogos da Inquisição. Só em 1774 é que vêm a legislação pombalina favoravel a elles. Mas a abolição do Tribunal de Inquisição só se dá nas vesperas da Independencia do Brasil (Lei portuguêsa de 5 de abril de 1821). O que eram, no Brasil, os horriveis tribunaes de Inquisição, di-lo bem a obra que ora se publica sobre *Primeira visitação do Santo Officio ás partes do Brasil* (prefacio de Capistrano de Abreu).

Era a resultante do *quantum* despotico de uma era primitiva (economico-religiosa), um tanto religioso-politica; isto é, com os grandes coefficientes de despotismo (R = 5; E = 6; P = 7).

31. Pessoas privilegiadas. — Entre as pessoas com capacidade juridica privilegiada, havia: na Reconquista, principes, *potestates terrae*, proceres, *magnates, richi-homines*, e os conselheiros dos reis; no direito português, monarchia de caracter militar, ricos-homens, infanções, cavalheiros e escudeiros e, com a eleição de D. João I, duques, marqueses, condes, viscondes, barões. Havia, ainda, os clerigos, com privilegio de fôro, isenção de tributos e de serviço militar.

32. Propriedade. — Na invasão visigotica, duas terças partes das terras cultivadas passaram aos invasores (*sortes go-*

thorum), deixando aos hispano-romanos a terça restante (*tertia romana*). Mas certo é que (objectou Fustel de Coulanges quanto á Gallia, Gama Barros e Alberto Sampaio, quanto á peninsula) não ha acto juridico em que se narre o confisco ou conquista. Viviam na Peninsula Idacio e Isidoro de Sevilha, um do Seculo V e outro do Seculo VII, mas nenhum se reporta á apropriação por direito de conquista. Nem as leis autorizam tirar-se dellas a prova da espoliação ou sequestro geral. Em todo o caso, houve a *divisio inter gotum et romanum facta.* Nem todas as regras da repartição goda passaram ao Codigo visigotico, mas derivaram da *Lex antiqua wisigothorum.* Pelo Palimpsesto de Corbie sabe-se (cap. 277) que ninguem podia alterar a divisão entre godos e romanos, por tomada ou demanda. Vê-se, pois, que as objecções de Gama Barros e Alberto Sampaio, correspondentes ás de Fustel de Coulanges relativamente á Gallia, não logram desfazer a apropriação visigotica das duas terças do solo aravel.

Aliás, a perturbação foi menor do que se crê: a classe prejudicada foi a *senatoria,* possuidora dos *latifundia.* Por outro lado, a classe media preferia ser livre entre barbaros do que soffrer a servidão tributaria com o nome de cidadão romano.

A divisão não foi sempre respeitada. Houve usurpações, que as leis mandam desfazer, salvo o caso de posse por mais de cincoenta annos (Codigo visigotico, L. XVI, tit. 1, L. 10). Tudo isto evidencia a maior brandura, o maior espirito de *direito justo* dos barbaros, comparados com os romanos, que confiscavam, nas invasões, para o Estado, toda a propriedade territorial.

Eram de propriedade commum bosques e prados, e regulava-se a immunidade dos pastos communs. No tempo do fruto, *tempore glandis,* não era permittida a entrada, salvo aos compartes (Liv. VIII, tit. V, L. 1 e 2). Abertos, podiam ser apro-

veitados, para que pastasse o gado, os proprios bosques e prados particulares, salvo *tempore glandis,* sob pena de indemnização (Liv. VIII, tit. II, L. 2).

Havia, ainda, a terra *vaga,* não apropriada, e a deserta, *descora,* ou terra abandonada. Estas, segundo a lei do titulo *De bonis vacantibus,* que passou ao Breviario de Alarico, augmentaram em vez de diminuir. No Codigo visigotico, dá-se a *consortes* e *hospites,* a vizinhos e transeuntes, sem a limitação de tempo a que alludiu quanto aos prados e bosques communs, o direito de utilizar os frutos e cortar as arvores dos bens vagos (Liv. VIII, tit. IV, L. 26 e 27). Não podiam ser cercadas; a apropriação provinha do cultivamento, ou da concessão pelo rei.

Na Reconquista, volta-se aos bens communs, que a invasão muçulmana apagara: mas, então, são os reis que concedem terras, montes, bosques, ás localidades. O que se quer é *repovoar o país.*

No direito português, o communismo agrario ainda apparece em 1291 (paúl de Ulmar, pelos moradores de Leiria; paúl de Vallada, repartido annualmente pelos moradores que não tivessem terras, afim de lhes minorar a pobreza). Mas, ao tempo de Sancho II, os ricos se apoderam delles. Aos dois exemplos juntam-se o da terra de Alqueirão e o da freguesia de Entre-Rios, referido no *Minho* de D. Antonio da Costa.

Nas Ordenações (Liv. IV, tit. 43, paragraphos 9, 12) trata-se dos *baldios,* terras incultas, matos maninhos ou matos bravios "que nunca foram aproveitados ou não ha memoria de homens que o fossem, e que, não tendo sido contados, nem reservados pelos reis, passaram geralmente pelos foraes, com as outras terras, aos povoadores dellas, para as haverem por seus em proveito dos pastos, criação e logramentos que lhes pertencem". Não se podiam dar de sesmaria, nem cercar com prejuizo dos moradores. Pertencem aos *povos* a que foram dados (Liv. IV,

tit. 43, § 9). Talvez por influencia da theoria romana da *universitas personarum,* reputaram-se da *collectividade* como pessoa moral (Alvará de 27 de novembro de 1804, arts. 471, 473).

Quanto á propriedade individual, já na primitiva Espanha começavam os nobres as usurpações. O acto de Augusto, com o tributo ao detentor das terras, suppõe tal estado de coisas e de certo modo concorre para que as tradições da propriedade collectiva apressadamente se apaguem. E não só isto: ao que está, o direito romano substitue todo o seu typo juridico.

No dominio gotico, *consortes* eram os proprietarios godos, e *hospites* os romanos. Umas terras eram *abertas* e outras *vedadas*: as idéas collectivistas do direito germanico regiam aquellas, mas, ao mesmo tempo, delle derivava o respeito ás terras vedadas, como corollario da inviolabilidade do domicilio, que se extendia ao pateo, ao curral, ao horto, *curtis,* que rodeia a casa (Liv. VIII, tit. I, L. 3). As *villas* romanas resistem, incolumes, ao novo regime; mas, depois, com as conquistas ou *proprio gladio*, como dizia Affonso II, dissolvem-se, parcellam-se. E' innegavel que o direito visigotico, com a concepção da casa e *curtis* (campo e horta, ou só horta), concorre para se pôr dique á demasiada fragmentação da propriedade.

Na Reconquista, a propriedade podia ser allodial, beneficial e censual, isto é, a completamente *livre* (os dominios anteriores á invasão arabe, as *presurias* ou terras adquiridas por occupação, e as concessões dos soberanos), a sujeita a tributos (*reguengos,* tomadas aos sarracenos, que pagavam quantidade certa ou quota de frutos, chamada *porção, ração, terradigo; jugarias,* que, concedidas pelos reis, pagavam *jugada*), e a de origem politica (os *coutos* e *honras,* doadas aos nobres, e que não pagavam tributos, mas pagavam-nos os lavradores; os *morgados,* bens que se tinham de conservar integros através das gerações de nobres, transmissiveis ao primogenito mais proximo,

e as *capellas,* attribuidos a encargos pios, transferiveis como os morgados).

33. **Familia.** — A peninsula, nos tempos preromanos, é primitiva, com o pluralismo da sua mentalidade rudimentar, grosseiramente empirica. O parentesco fundava-se na uterinidade, com vestigios de totemismo e com a herança dos bens pela mulher, — situação de que, como era de prever, se saiu, vindo o pae a ser senhor, juiz, legislador, chefe militar e sacerdote da familia. Distribuiam-se todos os annos as terras araveis, dando-se communhão dos frutos e posterior divisão. Já então o typo social era o patriarcado, como acontece sempre com os povos em que o homem não se afasta muito do lar (caçadores, navegantes) e em que o *atelier* do homem é mais importante do que o da mulher. O sociogramma-testes da Espanha primitiva seria *E R* (economia, religião). Os romanos trar-lhe-ão impulso novo politico-juridico, os germanos moral, os arabes senso mais administrativo, e senso artistico, que se juntará ás lições romanas.

Por occasião do dominio romano, não se aboliram as *gentilitates* peninsulares: os edictos provinciaes respeitavam o direito consuetudinario. Mas o que é certo é que o direito romano auxiliou o desapparecimento de vestigios totemicos da Espanha primitiva, e accentuou o patriarcado, — aliás, então, já assaz parecido com o que se verificava em Roma. A familia visigotica irá minorar o conceito despotico de patrio poder e fazê-lo mais dependente da duração da menoridade. O casamento dos filhos acabava-o. Não se allude á adopção; e a indifferença peninsular e brasileira por este instituto parece vir do caracter cognaticio que apresentava a familia do tempo visigotico. Os traços da organização familiar, na Reconquista, são typicamente os

dos tempos visigoticos; e a familia portuguesa proseguiu no mesmo caminho, — cognaticia, sem o absolutismo do *pater familias* romano. Era, evidentemente, a evolução, pela resultante diminuição do *quantum* despotico.

E a dominação arabe? Não retemperou as instituições familiares; talvez, apenas, as cobrisse de maiores escrupulos e zelos.

No momento em que Portugal e Espanha são invadidos pelos arabes, os vencedores politicos deixam incolume o direito dos vencidos. Na lingua, os termos arabes pullulam, principalmente no que concerne á politica, á administração (alfandega, almoxarife, alcaide), ou á economia (almocreve, alqueire). E através da economia que a arte arabe invade a população, as proprias igrejas. Aliás, o luxo semi-pagão, meridional, — oriental, digamos mesmo, — do catholicismo, facilitava a miscibilidade esthetica.

Só a religião, mais frenadora, mais estabilizada e estabilizante, evitava a fusão completa das raças. Na *Historia de Portugal,* assegura, excellentemente, Alexandre Herculano: "Dirigindo-se á Basilica, o bispo passava pelo iman, que se encaminhava para a mesquita; o presbytero cruzava com o mohhadi; e num dos dois templos, ou contiguos ou proximos, o psalmista entoava os hymnos do ritual gotico, emquanto o alime ou ulema invocava na chotbra as bençãos do céo sobre o Khalifa. Finalmente, os consorcios frequentes entre individuos das duas raças preparavam a fusão completa dellas, a qual se teria talvez verificado, se a diversidade de crenças não lhe houvera posto a ultima barreira".

34. Casamento. — No direito visigotico, não se exigia idade fixa (quantificação) para o casamento; bastava que os esposos fossem habeis para a procriação. Mas prohibia-se que

a mulher fosse mais velha que o varão (Cod. visig., Lib. III. tit. I, L. 3).

Tambem se vedava o casamento da viuva antes de passar um anno da morte do marido. No caso de infracção, ou, até, se praticasse coito, perdia metade do que herdara do marido defunto. Só o rei podia dispensar tal impedimento (Codigo visigotico, Liv. III, tit. II, L. 1).

Foi Recesvindo quem permittiu o casamento de mulheres godas com homens romanos, ou de romanas com homens godos, e dos *livres* em geral, qualquer que fosse a condição (Codigo visigotico, Liv. III, tit. I, L. 2). Já por influencia do direito canonico, os impedimentos por parentesco iam até o *sexto grau* da linha collateral. As filhas não podiam casar sem consentimento dos paes e, no caso de infracção, ambos eram entregues a quem o pae escolhera para marido.

Todo este *quantum* despotico será reduzido, como foram as dissymetrias (godos, romanos, etc.).

Na Reconquista, o territorio, — retirado aos arabes, — tinha de ser povoado, e era escassa a povoação. O grande interesse social é a geração. A propria Igreja consentirá no casamento de *juras,* — contracto secreto, consummavel com o coito. Ao lado das mulheres *veladas* ou *de benção*, haverá mulheres de *juras.*

Nos principios da Monarchia portuguesa, existiam os casamentos perante a Igreja (de benedictione) e os de publica fama (maridos *conhuçudos,* isto é, *tidos como taes*). Talvez persistisse o de *juras,* "in manu clerici", por simples juramento, mas sem o sacramento. Santa Rita de Viterbo, autor do memoravel *Elucidario,* fala no casamento á *morganheira* ou *morganica,* — algo de natural, sem sacramento, nem garantias de direito. Depois, devido á clandestinidade dos enlaces, regulou-se a prova do estado de casado (sete annos) e com

D. Affonso IV começam as prohibições dos *casamentos clandestinos*. Ainda as Ordenações Manuelinas não os refusam totalmente: consideram meeiros os conjuges que casassem á porta da Igreja ou fóra della, com licença do prelado, e os que vivessem em casa dos paes ou em outra, mas *em publica voz e fama de marido e mulher*, ainda que não tivessem casado á porta da Igreja (Liv. II, tit. 47). Com pequenas alterações, reproduzem-se taes disposições nas Filipinas (Liv. IV, tit. 46). Chocava-se, já então, com o Concilio de Trento. Só o Alvará de 13 de novembro de 1651 é que dá o grande golpe nos casamentos clandestinos.

35. Estrangeiros. — Na Espanha preromana, viviam sós as tribus, mas encontra-se a hospitalidade. Rege, depois, o direito romano. Com o direito visigotico, introduz-se na peninsula o direito pessoal, continuando os vencidos a reger-se pelas suas proprias leis. Mas, com o Codigo visigotico, fundidas as raças hispano-romana e visigotica, ao direito *pessoal* substituiu-se o *territorial*. Na Reconquista, a maior parte dos estrangeiros tem lei especial que os protege. Depois vem a reacção, de que é exemplo o direito de *albinagio* (droit d'aubaine). No direito portuguès, não se encontra o direito de albinagio (senhores e reis succediam aos estrangeiros), nem o de *naufragio*, que autorizava reis e senhores a se apoderarem das pessoas e coisas naufragadas no mar e nos rios, nem o de *represalias*. Tinha-se, porém, o de *retorsão*.

Quanto ao direito nacional das pessoas, estabelece a Lei de *Siete Partidas* (Part. I, tit. I, L. 15) que "todos aquelles que son del Señorio del facedor le las leys sobre que las el pone son tenidos de las obedecer é guardar é juzgarse por ellas". E na Part. III, tit. XVI, L. 15, manda-se que se observem as leis estrangeiras, "cuando se trata de pleitos fechos entre homes de

aquella terra". Em Portugal, este deve ter sido o direito no Seculo XIV. Nas Ordenações Affonsinas, tambem se diz que, quanto ás provas, nos contractos feitos fóra se guardem o direito commum e Ordenações do reino onde esses contractos e respectivos instrumentos foram feitos (Liv. II, tit. 44 § 7). Passou a regra ás outras Ordenações (Manuelinas, Liv. III, tit. 45, § 1º; Filipinas, L. III, tit 59, § 1º). Mas certo é que o direito territorial triumphou com as Ordenações Filipinas (Liv. III, tit. 3 e 9, pr. e § 3). Vêm, depois, as Leis de 20 de outubro de 1656, de 16 de setembro de 1665 e 7 de abril de 1685, que definem o fôro do estrangeiro e lhes dão determinados juizes. Nos praxistas — Valasco, Cabedo e Guerreiro, — apparece a influencia da theoria dos estatutos. Mas sómente com o jurista Coelho da Rocha é que se adopta o criterio geral (leis pessoaes, leis reaes, regendo estas os bens immoveis possuidos em Portugal).

Não se cumpriam sentenças estrangeiras; só depois é que se opera esta evolução em materia de direito internacional privado.

§ 6º. EXAME SOCIOLOGICO DA EXPOSIÇÃO HISTORICA

Quem diz successão obediente a lei, ou se refere a cyclo, ou a evolução. O grande serviço que presta ao Direito a educação sociologica é o de permittir que se discrimine, pelos gráus evolutivos, assim os institutos como as regras de direito. Daí a necessidade de examinar o valor e a significação historica do conjunto de um direito, ou de proposições juridicas em particular.

36. Evolução juridica. — Segundo a lei de reducção das dissymetrias, vemos apagarem-se, aqui e alli, as differenças, os privilegios, as desigualdades.

Segundo a lei da integração e dilatação dos circulos sociaes (1), o Direito Português unifica-se e substitue ao pluralismo dos *costumes* e dos *foraes* (direito intuitivo, empirico) as "leis geraes", as *Ordenações* dos reis, que são codigos cada vez mais affirmadores da integração juridica contra o particularismo do direito costumeiro e dos foraes.

Segundo a lei de diminuição do *quantum* despotico (2), o foral corta ao costume as arestas de violencia; as leis geraes e as compilações dos reis, corrigem-na aos costumes e aos foraes, e a interpretação a todas as outras fontes do direito.

Segundo a lei de crescente technização do direito (3), aos costumes, espontaneos mas duros, succede o foral, mais technico, ao foral as leis geraes, ás leis geraes as Ordenações, em que se remitte á doutrina, á opinião commum e, finalmente, com as Leis de 18 de agosto de 1769 e de 28 de agosto de 1772, á *bôa razão*. Veremos, adeante, que a evolução proseguiu.

Segundo a lei de evolução mental (intuição, empiria; deducção, apriorismo; inducção, investigação experimental e inductiva), vemos, no nascedouro, antes da occupação romana, direito costumeiro, intuição brutal e grosseira, tradicionalista e estavel, differente em cada terra (pluralismo juridico primi-

---

(1) *Introducção á Politica Scientifica*, ns. 25-58. F. RATZEL, RICHARD e BRUNHES e VALLAUX enunciaram-na como lei de Anthropogeographia. Mediante concepção de multidimensionalidade, dimensões geographicas e valores sociologicos, foi possivel enunciá-la como lei de Sociologia Geral (*Introducção á Sociologia Geral*, pags. 153, 173, eschemas).

(2) *Introducção á Politica Scientifica*, ns. 86-132; antes *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, vol. I, pags. 225-227. Cf. *Introducção á Sociologia Geral*, ns. 44-47 e eschemas das pags. 153, 173.

(3) *Introducção á Politica Scientifica*, ns. 164-170; antes — *Systema de Sciencia Positiva do Direito*.

tivo), depois, através dos *foraes* (ligação com o centro) e das leis *geraes*, das compilações, o unitarismo juridico, o racionalismo, vaniloquente (fim do Seculo XVIII), a jurisprudencia de conceito, *Begriffsjurisprudenz*, e de principios abstractos. O direito technico, scientifico, vem, lentamente, a ganhar terreno, mas obstado, a cada passo, pelo regime napoleonico das escolas de direito, os methodos classicos, literaes ou discursivos, de interpretação, e a inercia mesma da mentalidade nacional retardada pelà instrucção classica e literaria.

A Lei de 18 de agosto de 1769, se, por um lado, limita e restringe a arbitrariedade interpretativa, de que, de facto, gozavam advogados e julgadores, abre, por outro, a possibilidade de novo arbitrio — o da Bôa Razão, a que se refere e define.

Substitue-se o "autoritarismo", o prestigio das citações eruditas, pelo valor intrinseco dos preceitos, mas valor intrinseco *racional* e não *scientifico*. Noutros termos, o valor de conformidade com o direito natural, com o "espirito das leis". Cujacio e a philosophia do Seculo XVIII (racionalismo philosophico, cosmopolitismo juridico) contra Bartolo e Acursio, contra a aristocracia fechada e o enxerto romano inassimilado. As influencias literarias reflectem-se na propria Junta cuja criação o marquês de Pombal decretou, "congregação de homens desabusados e eruditos", que estudaram a reforma universitaria.

§ 7º. DOUTRINA DO SECULO XIX

Antes da Lei de Pombal, commentaram as Ordenações Filipinas Manoel Alvares Pegas, Sylva, Guerra e Lima. Na parte da praxe, Cordeiro, Cardoso, Guerreiro, Paiva e Pona, e outros.

No fim do Seculo XVIII, a "Lei da Bôa Razão" permitte a obra de Mello Freire, diligente, systematica, profunda. Do cháos do Direito Português tira o livro *Institutiones,* synthetico, com a mentalidade do seu seculo e de gosto literario associado ao senso juridico. Corrige-o, em notas esparsas, completa-o, documenta-o o mais erudito dos jurisconsultos portuguezes, insaciavel de legislação comparada, de que foi, em Portugal, o grande iniciador, — Almeida e Sousa, de Lobão, de onde lhe vém o nome vulgar por que é conhecido e citado. Gouveia Pinto escreveu o *Tratado de Testamentos e Successões,* ainda hoje, como as obras daquelles autores, lido e consultado.

Teixeira de Freitas é o genio do direito civil na America. A *Consolidação das Leis Civis,* cujas notas são magnificas fontes de doutrina, e o *Esboço do Codigo Civil* representam o que de melhor se tem, em direito civil, em toda a America. E' o inspirador dos Codigos civis americanos que appareceram depois de 1860 e — se bem que superior ao Codigo Civil seja, em quasi tudo, o *Esboço* — a maior fonte do Codigo foi este projecto mallogrado para o Brasil e bem succedido fóra delle, na Argentina, no Uruguay, no Paraguay. Muitas disposições que se acham no B. G. B. e no *Zivilgesetzbuch* acham-se nelle, certo sem que o soubessem os novos legisladores. Depois delle, Lafayette Pereira, Trigo de Loureiro, Lacerda de Almeida, Clovis Bevilaqua, Eduardo Espinola, Martinho Garcez. Outros, em monographias e pareceres, têm menos significação: Perdigão Malheiro, J. F. Ramalho, Chrispiniano Soares.

Carlos de Carvalho, já na Republica, escreveu a *Nova Consolidação das Leis Civis,* em que procura actualizar, resumir e affeiçoar a novas tendencias doutrinarias a *Consolidação* de Teixeira de Freitas. Livro paciente, mas falho.

Com que trabalhavam estes tratadistas? Correia Telles, com o direito romano, os commentadores e praxistas, o co-

stume; Borges Carneiro, mais algumas leis dos povos modernos, argumentos e textos nacionaes e estrangeiros, leis e commentadores de outros povos. Mas nenhum com o senso de procedencia historica, de sciencia do direito comparado, de procura do melhor esparso, que caracterizava Almeida e Sousa. Teixeira de Freitas, com o muito que leu, com o raciocinio poderoso, que o distinguiu de todos, o gosto de tratar as relações juridicas como "objectos", realismo juridico de que nascem a *Consolidação* e o *Esboço*. Lafayette (*Direitos da Familia, Direito das Coisas*) junta ao material dos outros a lição dos Codigos Civis e ao methodo a limpidez do estylo: mais literariamente puro, porém menos profundo que Teixeira de Freitas. Não cria, não descobre; expõe. Lacerda de Almeida (*Obrigações, Successões*) é o discipulo dos pandectistas alemães do Seculo XIX e dos grandes autores germanicos do direito commum: submette a technica e a doutrina a comparações depuradoras. Neste caminho, porém menos systematico, sem o "parti pris" religioso, Eduardo Espinola (*Obrigações, Parte Geral do Direito Civil*). Entre os dois, Clovis Bevilaqua que recebe as influencias de Post, Saleilles e Kohler, com que completa a concepção de direito do chefe da Escola do Recife, Tobias Barreto de Menezes, philosopho brasileiro em dia com a philosophia alemã do seu tempo, Kohler *avant la lettre*. Martinho Garcez escreveu um livro *Nullidade dos actos juridicos*, que prestou serviços aos advogados, mas sem valor scientifico, tumultuario e com a só noticia do direito francês.

Não chegaram a quinze os bons volumes brasileiros sobre direito civil antes do Codigo.

FONTES DE DIREITO CIVIL ANTES DO CODIGO

Pelo acôrdo de Tordesilhas, firmado, em 1494, entre Espanha e Portugal, passava o territorio do Brasil — ainda não descoberto — a pertencer a Portugal e Espanha. Depois do descobrimento, a historia social do Brasil mal principia, porque o reino está assaz preoccupado com as outras possessões.

A obra bandeirante, a diplomacia portuguesa e do brasileiro Alexandre de Gusmão, as lutas contra franceses, hollandeses e espanhóes, os tratados imperiaes e republicanos asseguraram-nos o territorio que temos.

38. O Brasil dos primeiros seculos. — Nos primeiros seculos, viveu o Brasil sob o systema das *capitanias* hereditarias, doadas de 1534 em deante a pessoas que se constituiam tributarios perpetuos da Corôa. Tres planos de symetria: rei, senhores territoriaes ou capitães-mores, e colonos ou sesmeiros. Se bem que o espirito *nacional* preponderasse em Portugal, ao contacto com a realidade americana (grandeza do territorio e difficuldade de exploração), teve a politica européa de recuar e, contra as Ordenações Manuelinas, Liv. II, tit. 17, promo-

ver a colonização do Brasil pelo systema *pluralista,* discontinuo, da colonização feudal: "as concessões outorgadas pelas cartas da doação, passadas quasi por igual teor, são mais tolas do que se devia esperar numa época em que na Europa os reis tratavam de concentrar cada dia mais a autoridade, fazendo prevalecer o direito real dos imperadores, com detrimento dos antigos senhores, ou de certas corporações privilegiadas". Os meios feudaes tinham sido, porém, os mais proficuos para colonizar os paises quasi ermos de gente (Varnhagen). Evidentemente, além da experiencia na Africa, havia a lição da historia européa.

39. O Brasil independente. — Proclamada, em 1822, a Independencia, — no anno seguinte, a Lei de 20 de outubro de 1823 mandou que vigorassem no Imperio as Ordenações, Leis e Decretos promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, *emquanto se não organizasse um novo Codigo ou não fossem especialmente alterados.*

A Constituição do Imperio, mandada cumprir pela Lei de 25 de março de 1824, declarou (art. 179, n. XVIII): "Organizar-se-á, quanto antes, um Codigo Civil e um Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça e da Equidade".

A transição — reino português a imperio brasileiro — caracteriza-se pela evolução democratica das leis, menor despotismo, menor violencia e maior brandura nas penas, criminaes e civis, e na autoridade publica. E' no Brasil que se revogam os velhos textos dos castigos corporaes á mulher e aos filhos, assaz asperos nas Ordenações.

E' facil verificar que a Constituição Imperial e as leis brasileiras posteriores accentuaram a evolução democratica. Aboliram-se os *morgados* e quaesquer *vinculos;* estabeleceu-se a igualdade successoria entre nobres e plebeus, symetria que

faltava estabelecer-se; reduziram-se as condições para a maioridade; instituiu-se o registo civil; laicizou-se o casamento, primeiro pela equiparação dos acatholicos aos catholicos e depois pelo casamento civil; procedeu-se á reforma hypothecaria; promulgou-se o Codigo Commercial de 1850; inspiradas na legislação franceza e belga, fizeram-se a lei das sociedades anonymas, as de marca de fabrica e patentes industriaes; legislou-se sobre bancos, cambiaes, cheques, fallencias, titulos ao portador.

De 1850 em deante, começa a legislação livre-cambista, dos bancos, das aberturas de rios á navegação, e — na ordem politica — a criação do chamado *partido progressista,* que existiu durante o fim do Segundo Imperio.

40. O direito anterior e as suas fontes. — No tumultuario direito civil que regia a vida brasileira antes de 1917, o que mais concorre para a relativa uniformidade é a doutrina de Mello Freire, Coelho da Rocha, Teixeira de Freitas, Lafayette e outros. A Consolidação das Leis Civis prestou, neste sentido, magnificos serviços.

No direito anterior ao Codigo Civil, eram *fontes* de direito:

I. As *leis,* que comprehendiam: *a*) a legislação peninsular antiga, feita pelo proprio rei: as *cartas de lei, cartas patentes,* ou, simplesmente, *cartas,* os *alvarás* (temporarios, mas ás vezes com a declaração de valerem como leis), tambem chamados *provisões reaes,* e as *cartas regias* a determinadas autoridades; *b*) a legislação propriamente dita: peninsular, até 1822; brasileira, daí em deante.

De D. João VI, que, devido á invasão franceza, se transplantou, com a Côrte, para o Brasil, ha alguns actos do Brasil-Reino.

Nos primeiros tempos da monarchia portugueza, empregava-se, na declaração das leis, o pronome plural, *Nós*. Com o rei D. João III, o reinador da Inquisição, até nisto se revela o despotismo de então: o Assento de 1524 manda que se escreva, em vez de nós, *Eu*.

II. O *Costume* (direito costumeiro). Segundo a Ordenação do Liv. III, tit. 64, mencionavam-se, de preferencia, os *estylos da Côrte*, especialmente os *Assentos* da Casa da Supplicação (Lei de 18 de agosto de 1769, § 14).

No Imperio, o Supremo Tribunal tinha autoridade para tomar *assentos*, destinados a firmar a interpretação das leis (Decretos de 23 de outubro de 1875 e de 10 de março de 1876). Porém, na Republica, arrebentou-se este funccionamento autoritario da elaboração da lei, com o que, certamente, ganhou a evolução social. O Supremo Tribunal Federal não tem o poder da antiga Casa da Supplicação ou do Supremo Tribunal do Imperio. Na *Introducção á Politica Scientifica*, em que estudamos as leis de democratização ou progressiva libertação do direito, escrevemos (n. 164) que a evolução dos processos de criação da regra juridica tambem obedecem ao *principio da crescente adaptação* e, pois, de diminuição do *quantum* despotico: "Em tal evolução é que encontramos a lei da democratização ou da crescente liberdade dos processos de revelar o direito, lei que só por si nos assegura a seguinte proposição: se a humanidade não descontinuar a sua carreira evolutiva, terá, necessariamente, de recorrer ao criterio exclusivamente scientifico, livre, para a elaboração da regra juridica. Fabricará a lei, como faz os sôros, — nos laboratorios; e sem precisar de qualquer approvação official, o que constitue o *superfluo* despotico, que não dá, nem tira, nenhuma força á verdade das invenções e dos descobrimentos".

Houve, pois, evolução na suppressão dos *assentos*.

Na Constituição da Republica, art. 59, estatue o § 2°: "Nos casos em que houver de applicar leis dos Estados, a justiça federal *consultará* a Jurisprudencia dos tribunaes locaes, e, vice-versa, as justiças dos Estados *consultarão* a jurisprudencia dos tribunaes federaes, quando houverem de interpretar leis da União". E' a unica regra de interpretação que se contém na lei fundamental; mas esta mesma deve entender-se como *simples recommendação* de acatamento reciproco, fundado na indole das leis que uma e outra justiça, a federal e a local, quotidianamente applicam.

III. O *Direito canonico* e o *romano*:

a) Até 1889, o Direito Canonico fôra importante; mas, com a Constituição da Republica, art. 72, §§ 3 a 6, 28 e 29, desapparecera tal fonte, o que não exclue o valor historico e documentario, para interpretação do direito positivo, no que provém delle.

Nas Ordenações, por exemplo, Liv. II, tit. 1, §§ 6, 13, e tit. 5, § 4; Liv. III, tit. 24, pr., e tit. 58 § 9, alludia-se ao direito canonico, cuja autoridade os Estatutos da Universidade reconheceram (Liv. II, cap. III, § 12). Na propria feitura dellas, enumeram-se 7 fragmentos extraidos das concordatas. Ao direito das decretaes attribuiam-se, entre outras, as seguintes regras: com má fé, em tempo nenhum se prescreve; o raptor pode casar com a raptada, consentindo esta, depois de estar fóra do poder daquelle; a acção de esbulho pode ser intentada contra terceiro que, sabendo do esbulho, recebeu da mão do esbulhador a coisa esbulhada.

Discutia-se, então, se o subsequente matrimonio legitimava os adulterinos, como queriam Boehmero e diversos praxistas que commentavam a bulla de Benedicto XIV: o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, decidiu contra elles; a interpretação victoriosa do Codigo Civil resolveu a favor.

Até 1890 (Decreto n. 181, de 24 de janeiro), os canones do Concilio de Trento e as constituições do arcebispado da Bahia foram o direito positivo sobre o casamento e o divorcio (Alvará de 11 de setembro de 1564; Lei de 8 de abril de 1569; Ord., Liv. IV, tit. 46, e Lei de 3 de novembro de 1827).

A Igreja ficou separada do Estado pelo Decreto n. 119 A, de 7 de janeiro de 1890. No art. 72, § 7°, dispôs a Constituição da Republica, que nenhum culto ou igreja gozará de subvenção official, nem terá relações de dependencia ou alliança com o governo da União ou dos Estados. O ensino publico é leigo. O casamento é contracto. Civil, e não parochial, o registo de obitos e de nascimentos. Está, pois, inteiramente revogada a Ord. do Liv. III, tit. 64, que, "em materia que traga peccado", mandava que, na omissão da lei, se julgasse pelos "canones". Aliás, já esta materia pertencia exclusivamente aos juizes ecclesiasticos, por ser puramente espiritual (Lei de 18 de agosto de 1769, § 12, e o Codigo do Processo Criminal, arts. 6, 325).

b) Restava, pois, o Direito Romano, mas já então subordinado á politica juridica da Lei de 18 de agosto de 1769, que, não só exigia a conformidade com a *bôa razão* (Ord. do Liv. III. tit. 64), como a definia, ao declarar que afastados deviam ser os preceitos do direito romano fundados em superstições ou costumes particulares do povo romano, e nas materias politicas, economicas, mercantis e maritimas, por se lhe deverem preferir as regras das nações christãs. Outrosim, em geral, haviam de se observar as disposições romanas no que continham de "verdades essenciaes, intrinsecas, e inalteraveis, que a ethica dos mesmos Romanos havia estabelecido" e depois serviram de "regras moraes e civis entre o Christianismo" (§ 9).

Nos *Estatutos* da Universidade de Coimbra, applicados na praxe por serem do mesmo autor da Lei de 18 de agosto de 1769, insistiu-se (Lei de 28 de agosto de 1772, Liv. II, tit. V, cap. 3, § 5): "O Direito Romano apenas pode obter força, e autoridade de Lei em supplemento do Patrio, onde se não extendem as providencias das Leis Nacionaes, e quando he fundado na *bôa razão*, que lhe serve de unico fundamento".

IV. O direito das nações civilizadas, o *uso moderno*, a que se referiram os *Estatutos* da Universidade de Coimbra (Lei de 28 de agosto de 1772). E' a remissão ao direito estrangeiro. Por ser arduo o criterio da *bôa razão*, aconselhou-se "como caminho mais plano, e mais curto" (Estatutos, Liv. II, tit. V, cap. 3, § 6), qual o de se ver o que do direito romano adoptaram as nações cultas (§ 7): "Indagarão o uso moderno das mesmas leis romanas entre as sobreditas nações, que hoje habitão a Europa. E descobrindo que ellas as observão e guardão ainda no tempo presente, terão as mesmas leis por applicaveis, e daqui inferirão que ellas não têm opposição com alguma das referidas Leis e Direitos (*Natural, das Gentes, Politico, Mercantil,* etc.), com que devem ser confrontadas: pois não he verosimil que, se entre ellas houvesse repugnancia, pela qual se devão haver por abolidas, continuassem ainda hoje a observá-las, e guardá-las, tantas e tão sabias nações".

Á fluctuação do racionalismo — *conferencia com a bôa razão* — preferia-se outra, não menos perigosa: a do proprio uso moderno, "porque os doutores", dizia Correia Telles (1), "que escreveram, nos ultimos tempos, sobre o uso moderno das Pandectas, discordão muito entre si". E accre-

(1) *Commentario critico á Lei da Bôa Razão*, n. 58.

scentava: "nada mais frequente que Strikio censurar a Groenewego, e Leeuwen a Bugnyon, a Christineo, a Gudelin, a Zypeo, a Regner, a outros doutores da Belgica, e França, por darem por abrogadas as leis romanas, que elle diz não o estarem, ao menos em alguns dos Estados da Alemanha".

Disto, porém, nos veio o lucro da legislação comparada, o arejamento da discussão doutrinaria, desde Mello Freire e Almeida e Sousa (de Lobão) até Lafayette Pereira, Lacerda de Almeida e os demais, que continuaram, até o seu tempo, a consultar os bons livros de direito romano alemães e franceses, os de applicação mais recente deste direito, afim de manter em dia, renovado no possivel, o velho codigo lusitano que regia o Brasil.

O art. 1726 do Codigo Civil prende-se á Lei de 18 de agosto de 1769, porque della resultou só se applicar o direito romano no que fosse "conforme a razão" e dever preferir-se ás regras romanas a das nações modernas, se a materia tratada o aconselhasse. Até 1769, todos interpretam a Ord. do Liv. IV, tit. 83, § 3, e tit. 86, pr., como prohibitiva de concorrerem ao remanescente os herdeiros legitimos, pois que os havia testamentarios. A Lei de 9 de setembro de 1769 auxiliou a doutrina, animou-a, digamos, a enxertar no organismo do direito luso-brasileiro a regra do Codigo da Austria, § 556, a que se reporta Coelho da Rocha (1) e coincide com a opinião anterior de Mello Freire (2).

Quanto á legislação das minas, era o direito alemão o subsidiario (Alvará de 30 de janeiro de 1802, tit. 1°, § 3°).

A doutrina anterior, se bem que dirigida por velha her-

(1) *Instituições de Direito Civil*, § 693.
(2) *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, L. III, tit. 5, § 32.

meneutica, ousou, por vezes, adequar á vida, ás realidades, os textos legaes. Outras vezes, a despeito da lei, persistiu no mal.

A Ord. do Liv. IV, titulo 36, § 1, prohibiu a divisão do terreno foreiro e o Alvará de 6 de março de 1566 insistia em mostrar os prejuizos, que a pratica causava aos senhorios: "não conheciam já quem eram os caseiros assim pela limitação das terras, como pelos foros estarem divididos em partes tão miudas que vinha a ficar mais facil aos senhorios deixá-los perder que cobrá-los". Mas verdade é que continuou o costume de dividi-los em glebas, na occasião dos inventarios e partilhas (1).

Por outro lado, a clausula de se devolver ao senhorio directo, excluido, pois, o fisco, o dominio util, quando morresse sem herdeiros o emphyteuta, passou de estipulação a direito costumeiro (2). Era pacifica, antes do Codigo, a doutrina anterior, que a subentendia, e o Codigo Civil, no art. 692, n. III, a consagrou.

Foi o costume que engendrou a subemphyteuse, a que, depois, haverá leis que se refiram, como o Decreto n. 5.581, de 31 de março de 1874, arts. 4 § 7, 24 § 6. Neste instituto, como teremos ensejo de mostrar, encontra o sociologo muito que investigar.

A Ord. do Liv. IV, tit. 38, pr., declarava que o foreiro que pretendesse "vender, ou escaimbar" a coisa aforada, primeiro devia notificá-lo ao senhorio, que talvez a quisesse "tanto por tanto". Escaimbar é trocar. Mas a doutrina, acertadamente, distinguiu a troca por coisa fungivel e a troca por coisa não fungivel, aquella prohibida, e esta isenta da opção do senhorio. Mello Freire (3) dizia: "praeferendus ergo do-

(1) LAFAYETTE PEREIRA, *Direito das Coisas* (1877), § 154, nota 6, pag. 417.

(2) LIZ TEIXEIRA, *Curso de Direito Civil*, vol. III, tit. XI, § 30, n. 5, *in fine*.

(3) *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, Lib. III, tit. 11, § 16, nota *in fine*.

minus in venditione et permutatione rei pro re fungibili, cum nihil emphyteutae interesse possit pretium, et res fungibiles a domino habeat, an ab extraneo; secus, si rem ipse donavit, vel legavit, licet justum pretium donatario offeratur; liberalitas enim impeditur, si res ad donatarium non venit, cujus solius causa donatur: idem in permutatione pro re non fungibili, puta rei pro domo, aut villa, ceteris, in quas adfectio cadere potest: itaque injustum, si cogeretur emphyteuta rem aliam, ejusdem licet, vel majoris valoris, illius loco a domino adcipere".

A interpretação fez bem em distinguir onde a lei não distinguia.

No Imperio, houve a *Consolidação das Leis Civis* de Teixeira de Freitas, mera collectanea systematizada das leis vigentes, mas feita com a competencia do autor, que é o maior nome do Direito Civil na America. E' acompanhada de notas, com as fontes e a discussão. Noutra edição responde ás objecções feitas, quasi sempre pelo jurista Rebouças.

Na Republica, houve a de Carlos de Carvalho, mas sem caracter official e sem a fidelidade, a profundeza e a amplitude da outra.

V. *Analogia*. Ordenações, Liv. III, tit. 69, pr.: "porque não podem todos os casos ser declarados em lei, procederão os julgadores de semelhante a semelhante". E no tit. 81, § 2, dispõe que o julgado, o "dicto em estes casos aqui especificados haverá lugar em quaesquer outros semelhantes em que a razão pareça ser igual".

Se miudearmos as fontes de direito, teremos que eram as seguintes: Ordenações, direito romano, leis, decretos, alvarás e cartas regias, resoluções de consultas, assentos da Casa de Supplicação, avisos, portarias, regulamentos, regimentos, estatutos,

instrucções, estylos e praxe, foraes, concordatas, tratados, privilegios, leis de outros povos, analogia.

Foi em tal condição de pluralismo das fontes de direito que interveio o Codigo Civil, mas seria injusto não assignalar que a mentalidade dos juristas havia harmonizado, cerzido, systematizado, aquella enormidade de fontes.

CAPITULO III

AS TENTATIVAS DE CODIFICAÇÃO — O PROJECTO PRIMITIVO

As tentativas foram successivas e apresentam certo caracter de solidariedade historica. As anteriores inspiram as outras.

Em 1845, apresentou o advogado Carvalho Moreira, depois diplomata e Barão de Penedo, a memoria acerca *Da revisão geral e codificação das leis civis e do processo no Brasil* (1), na qual reclamava a codificação que viesse acabar com a legislação brasileira então vigente, "esparsa, antinomica, desordenada e numerosissima".

Era um grito; não uma tentativa.

41. A solução proposta pelo espirito de conservação (*continuidade luso-brasileira*). — Outro alvitre, terá, pelo mesmo tempo, Euzebio de Queiroz. Propôs que se adoptasse, como codigo, o *Digesto português*, obra meio-codificadora, meio-expositiva, de Correia Telles, o que seria a solução mais

---

(1) CARVALHO MOREIRA, *Da revisão geral e codificação das leis civis e do processo, no Brasil*, Rio de Janeiro, 1846. Antes, na *Revista do Instituto dos Advogados*, I, pag. 145 e seguintes.

conservadora possivel e não attenderia á legislação posterior á feitura do livro. Comprehende-se que o Instituto dos Advogados se oppusesse, consultado, a tal medida. Seria parar; e mais do que parar: retroceder.

42. Primeiro conhecer-se para depois expressar-se: codificar após consolidar. — Terceira opinião foi a dos que pretendiam necessario, como trabalho preliminar para a codificação, a consolidação do direito vigente. Prevaleceu esta e confiou-se a missão, em 1855, a Teixeira de Freitas, jurisconsulto de grande saber, independencia e originalidade. Em 1857, concluiu-se a obra *Consolidação das leis civis* (2), ampla, erudita, fiel, em que se casam o espirito de organização e a technica codificadora, de modo a constituir admiravel construcção com os mais esparsos e infirmes elementos legislativos então vigentes e oriundos de 1603 a 1857.

Posteriormente, em 1877, e em respostas ás criticas, principalmente ás de Rebouças, publicou Teixeira de Freitas os *Additamentos á Consolidação das Leis Civis.*

43. O Esboço de Teixeira de Freitas. — Do *Esboço* de um Codigo Civil foi encarregado, a 10 de janeiro de 1859, Teixeira de Freitas.

O *Esboço* de Teixeira de Freitas foi a fonte dos tres primeiros livros do Codigo Civil argentino, e muito concorreu para o do Uruguay e para leis de outras republicas hispano-americanas.

Vélez Sársfield, que redigiu o projecto do Codigo Civil argentino, declarou em 1865 que se serviu, "sobre todo, del pro-

(1) TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, 1ª edição official, 1857; 2ª edição, 1865; 3ª edição, 1875; 4ª edição, com os *Additamentos*.

jecto de Codigo Civil que está trabajando para el Brasil el Señor Freitas, del cual he tomado muchissimos articulos. Yo he seguido el metodo tan discutido por el sábio jurisconsulto brasileño en su extensa y doctissima introducción á la recopilación de las leys del Brasil, separandome em algunas partes para hacer mas perceptible la conexion entre los libros y titulos, pues el metodo de la legislación, como lo dice el mismo señor Freitas, puede separarse un poco de la filiación de las ideas".

Ainda recentemente, o senador Carlos Serrey, ao pedir a revisão do Codigo Civil argentino, reconheceu que este "constituye un título de honor para el doctor Vélez Sársfield y para el jurisconsulto brasileño Freitas, su guia principal".

O *Esboço* dividia-se em duas partes, a *geral* e a *especial*. Naquella cabiam o que elle chamava os "elementos do direito", *pessoas, coisas* e *factos*. Nesta, I) os direitos pessoaes (1, em geral; 2, nas relações de familia; 3, nas relações civis); II) os direitos reaes (1, em geral; 2, sobre coisas proprias; 3, sobre coisas alheias); III) disposições communs aos direitos reaes e pessoaes (1, herança; 2, concurso de credores; 3, prescripção). Não levou a cabo o terceiro livro da parte especial.

Em 1872, foi declarada a rescisão do contracto de Teixeira de Freitas, que entendia dever corrigir o plano inicial e codificar todo o direito privado, e não só o civil.

Teixeira de Freitas desejava o Codigo Geral de Direito Privado: geral, aliás, segundo o seu plano, pois a primeira Parte (Codigo Geral, chamava) não seria mais do que a Parte Geral e o *Einführungsgesetz* do B. G. B. ou a Introducção e Parte Geral do Codigo Civil brasileiro, assaz desenvolvida e applicavel em todo o campo do direito privado. Dividir-se-ia em dois livros: 1º Das causas juridicas (subdividido em tres secções: pessoas, bens, factos); 2º Dos effeitos juridicos. Levava-o a

esta concepção bem defensavel do Codigo Geral de Direito Privado, em vez da Parte Geral, a "grande massa das materias que, por isso mesmo que entram em todos os ramos da legislação, não pertencem a algum dos ramos peculiares". Aí, accrescentava, e sómente aí é que appareceram definições, regras sobre direito no espaço e no tempo.

Tambem, por volta de 1871, o Visconde de Seabra, jurisconsulto português, offereceu ao Imperador os primeiros trabalhos de um projecto de Codigo (o manuscripto só contém 392 artigos). Não obteve acto official, que lhe désse, sequer, valor historico; e a opinião foi hostil a que se lhe conferisse a missão de elaborar o Codigo Civil.

Desde 10 de janeiro de 1859 o Governo Imperial incumbira Teixeira de Freitas do preparo de um Projecto de Codigo Civil: o prazo acabaria em 31 de dezembro de 1861, mas foi prorogado até 30 junho de 1864.

Posterior, portanto, á construcção solida, profunda, criadora. de Teixeira de Freitas, tinha de ser considerado impertinente o offerecimento do Visconde de Seabra.

Na imprensa e no Parlamento interpellaram e censuraram o governo. Foi então que declarou o conselheiro José Feliciano de Castilho, amigo do Visconde de Seabra, não haver o Imperador, nem o Governo encarregado da redacção do Codigo Civil brasileiro o jurisconsulto português; este, sim, de moto proprio, tomara a si a tarefa.

44. Os projectos de Nabuco de Araujo e Felicio dos Santos. — Foi encarregado, em 1872, Nabuco de Araujo, que apenas chegou a escrever 118 artigos do titulo preliminar e 182 da Parte geral. "Não seria", disse o embaixador Joaquim Nabuco, seu filho, "a criação de um puro philosopho, de

um professor de universidade, e, sim, de um estadista mais preoccupado do effeito pratico da legislação, a que ligasse o seu nome, do seu alcance social, internacional mesmo, da clareza, comprehensão e vastidão da lei, do que da metaphysica do direito". Não seria, tão pouco, o que devia ser: a obra de um scientista.

Morto Nabuco, Felicio dos Santos apresentou ao Governo, em 1881, os seus *Apontamentos*. Nomeada a commissão para o estudo, foi-lhes contrario o parecer, mas reconheceu haver "vantagem de serem aceitos como base para uma revisão ulterior" e, a 27 de setembro, chegou a opinar que, "tendo os *Apontamentos* subido merito, como trabalho preparatorio, podia o seu autor, retocando-os com arte, apparelhar um Projecto em condições de franca revisão". O Governo converteu em permanente a commissão (incluindo Felicio dos Santos), e entregou-lhe o encargo do projecto definitivo. A Commissão dissolveu-se, virtualmente, em 1882, e Felicio dos Santos apresentou, então, o *Projecto do Codigo Civil*. Só em 1886 foi dissolvido, officalmente, o grupo. O ultimo gabinete do Imperio (7 de junho de 1889) cogitou do Codigo Civil e nomeou outra commissão de sete membros. Mas sobreveio a Republica, que a extinguiu.

45. O Projecto de Coelho Rodrigues. — A um dos membros da ultima commissão, Coelho Rodrigues, commetteu o governo do novo regime a feitura do Projecto (15 de julho de 1890). Já então não se duvidava da competencia da União para legislar sobre direito civil, solução que não parecia razoavel aos federalistas orthodoxos, á americana ou á suiça, como Campos Salles, ministro do Governo Provisorio. Coelho Rodrigues acabou o trabalho em Genebra, a 11 de janeiro de

1893. Tambem lhe foi contrario o parecer da commissão nomeada pelo Governo. Depois, o Senado, em 1895, pretendeu que outra commissão nomeada escolhesse um dos dois projectos e no anno seguinte, a 6 de novembro, autorizou o Governo "a contractar com um jurisconsulto ou com uma commissão de jurisconsultos brasileiros, a revisão do projecto do Codigo Civil, organizado pelo Dr. Antonio Coelho Rodrigues". Mas a Camara dos Deputados não deu andamento á proposição do Senado.

O Projecto de Coelho Rodrigues inspirou-se no Codigo de Zurique e raras idéas vigentes na Alemanha, por volta de 1890. Tem uma lei preliminar, a parte geral e a parte especial, dividida esta em quatro livros: 1°) obrigações; 2°) posse, propriedade e outros direitos reaes; 3) direito de familia; 4°) direito das successões.

46. O projecto de Clovis Bevilaqua. — Em 1899 foi convidado Clovis Bevilaqua, professor de Legislação comparada na Faculdade do Recife. Iniciado em abril, ficou concluido em novembro. Entregue ao Governo, este nomeou uma commissão, composta de dois conselheiros do extincto Imperio, Aquino e Castro e Joaquim Barradas, e dos doutores J. Sayão de Bulhões Carvalho, Amphiloquio e prof. Lacerda de Almeida. Assumiu a presidencia da commissão o Ministro da Justiça Epitacio Pessoa. Depois de 51 sessões, encerram-se os trabalhos em agosto de 1900. Esta data é expressiva: já se achava em vigor o B. G. B. e a commissão não cotejara sequer com o que prevalecera naquelle Codigo os dispositivos que se tiraram do I e do II Projecto alemão. O Governo procedeu a outra revisão, com a audiencia do autor do Projecto, mas, ainda aí, não se folheou o B. G. B. Em 17 de novembro de 1900,

foi apresentado ao Congresso, em mensagem do Presidente da Republica, o *Projecto revisto*. A Camara nomeou uma commissão de vinte e um membros (um para cada Estado e para o Districto Federal) a fim de estudar e discutir o Projecto. Deliberou que, entre a sessão legislativa de 1900 e a de 1901, fossem ouvidos o Supremo Tribunal, os Tribunaes dos Estados, as Faculdades de Direito, os Presidentes e Governadores de Estado, o Instituto dos Advogados e os jurisconsultos mais em voga. Coube a Sylvio Romero, mais critico literario e historiador da literatura do que jurista, relatar o parecer da commissão, em 18 de janeiro de 1902. Das 65 reuniões muitas alterações resultaram. Na discussão intervieram, por convite, pessoas estranhas ao corpo legislativo. Os dois nomes que mais appareceram e representavam, effectivamente, *correntes* nacionaes de então, foram o do conselheiro do extincto Imperio Andrade Figueira, e o do autor do Projecto.

Approvado em plenario da Camara o projecto, remetteram-no ao Senado, onde nova commissão se constituiu, sob a presidencia do maior talento verbal do Brasil, quiçá da America Latina, — o conselheiro do extincto Imperio e senador federal Ruy Barbosa.

A preoccupação dos juristas-politicos, desde o *Esboço* de Teixeira de Freitas, fôra evitar que a estranhos coubesse a gloria da elaboração do Codigo. Aconteceu isto a todos. Antes de Clovis Bevilaqua apresentar o seu projecto, já Ruy Barbosa, em artigo de 15 de março de 1899, no jornal *A Imprensa*, que dirigia, prognosticou o fracasso da incumbencia, dizendo que a escolha do Governo "fôra rasgo de coração, não de cabeça" e que ao indicado faltava "um requisito primario, essencial, soberano para taes obras: a sciencia de sua lingua, a vernaculidade, a casta correcção do escrever. E o teor de um Codigo

ha de ser irreprehensivel. Qualquer falha na sua estructura idiomatica, assume proporções de deformidade".

Ruy Barbosa elaborou, sózinho, o parecer, e atacou rijamente o projecto, mas sómente quanto á forma. Estabeleceu-se, então, uma das mais renhidas batalhas literarias da lingua portuguesa, entre Ruy Barbosa, contra Clovis Bevilaqua, e o grammatico Carneiro Ribeiro a favor de Clovis Bevilaqua e contra Ruy Barbosa. São hoje trabalhos indispensaveis a quem procura estudar a lingua portuguesa, mas sem nenhum interesse juridico. Preoccupados com a forma, esqueceram-se do fundo.

Em todo o caso, além das emendas de redacção, o Senado, em 1912, approvou 186, que modificaram, no fundo, o Projecto.

Cumpre, porém, notar que já a este tempo se haviam publicado o Codigo Civil suiço (1907), e a Lei sobre direito das obrigações de 1911. A nenhuma recorreu o Senado, — indifferente, como a Camara e as Commissões, aos ensinamentos technicos do Seculo XX. A data mental do Codigo (como do B. G. B. e do suiço) é bem 1899; não seria erroneo dizê-lo o antepenultimo Codigo do Seculo passado. Poderiamos evidenciá-lo com as estatisticas. Ao Seculo XX falta o seu primeiro Codigo Civil. Ha esboços esparsos; mas ainda não appareceu o grande Projecto.

A Austria apenas emendou o seu velho Codigo.

A legislação russa — particularmente o Codigo Civil e o da Familia — constitue a unica surpresa séria: mas taes codigos e leis não podem ser apontados como as maiores producções do Seculo. São grandes, sim; porém não apresentam os caracteres dos marcos legislativos seculares, como o *Code Civil* e o B. G. B.

Na Camara dos Deputados, nova commissão de vinte e um membros para o estudo das emendas. Convocado extraordinariamente o Congresso (9 de fevereiro de 1913), a 2 de abril a Commissão apresentou o parecer. Mas só em 1915 foram votadas as emendas do Senado, das quaes 94 rejeitadas. Voltou ao Senado o projecto: este manteve 24 das emendas recusadas, e a Camara, mais uma vez, rejeitou 9 destas emendas. Emfim, as commissões reunidas do Senado e da Camara prepararam a redacção definitiva, sendo o projecto approvado em dezembro de 1915, sanccionado e promulgado no anno seguinte (Decreto n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916).

No mesmo anno, publicamos o livro *Direito de Familia* em que apontamos graves incorrecções do Codigo e, pelo jornal *A Noite*, divulgamos algumas emendas urgentes. Remettemos á Commissão de Legislação da Camara as mais importantes. No meio das louvaminhas, é facil comprehender o desgosto e a relutancia, se não a hostilidade, com que receberam a primeira voz discordante dos gabos geraes. Porém o estudo dos artigos revelou a outros as fraquezas da nova lei. Do gabinete dos technicos a campanha de correcção passou á opinião politica e Epitacio Pessoa, em 1918, apresentou um Parecer e abriu no Senado a discussão. Daí nasceu a Lei n. 3.725, de 15 de janeiro de 1919, que emendou o Codigo. Num dos discursos, allude ás nossas emendas.

Não satisfez. E ainda em 1925, o deputado Julio Santos propôs que se procedesse á revisão do Codigo. Será conveniente? Sim, se quisermos submettê-lo a exame de technicos, mas, no discurso do mesmo deputado, parece que a revisão será pior: faz suspeitar novas idéas retrogradas, como a facilitação aos paes quanto ás vendas de bens pertencentes aos filhos e outros pontos de somenos importancia.

O Codigo Civil reclama emendas, complementos, corrigendas; mas hão de ser feitas com espirito scientifico, reexame technico das regras juridicas.

47. Caracter dos Projectos. — O *Esboço* de Teixeira de Freitas e o projecto de Coelho Rodrigues — fontes memoraveis do Codigo Civil — caracterizam-se, principalmente o primeiro, por forte poder inventivo. O de Nabuco, pela preoccupação pratica, mas sem grande alcance. O de Felicio dos Santos, pela minucia expositiva, mas sem methodo proprio e sem concepção de conjunto. O de Clovis Bevilaqua, pela *exposição*. O Codigo Civil brasileiro, pelo que deve a Clovis Bevilaqua, é uma codificação para as Faculdades de Direito, mais do que para a vida. O que nelle vae morder (digamos) a realidade vém de Teixeira de Freitas, ou de Coelho Rodrigues. Espirito claro, liberal, sereno, não ha demasias no Codigo, porque repugna ao temperamento do professor do Recife, mas ha um excesso de bôa fé, que lhe advém de não haver advogado, nem ter sido juiz, mas professor. Não se deu o mesmo com Teixeira de Freitas e Coelho Rodrigues, principalmente aquelle, que fez avançar, de muitos annos, o direito civil, e não raro lá está, no *Esboço* de 1860, o que só mais tarde apparecerá no Codigo Civil Argentino, no Uruguayo, no Alemão, no Suiço. Para elle, as relações juridicas são phenomenos, que uns descobrem *melhor* que os outros. Não era preoccupado com o valor da lei como *solução*, como regra estavel, porém com o *valor intrinseco*, como factor de orientação social.

48. Estructura do Projecto de Clovis Bevilaqua. — Para melhor conhecermos o systema do Codigo e o papel do Projecto de Clovis Bevilaqua na estructura da lei definitiva, ve-

jamos o que definitivamente se adoptou e comparêmo-lo com o Projecto.

No Projecto de Clovis Bevilaqua, o art. 1 constituia titulo do Livro I. Mais louvavel é a collocação que lhe deu o Codigo, por emenda da Camara dos Deputados. O registo civil, que constituia capitulo entre o I e o actual II, com vantagem passou a ser secção do capitulo II por se referir a pessoas juridicas e por se ter incluido no capitulo I o artigo concernente ao registo das pessoas naturaes. O domicilio civil comprehendia dois capitulos — disposições geraes e disposições especiaes; o Codigo unificou-os. No Livro I, em vez de "bens considerados em sua propria entidade" escreveu-se "bens considerados em si mesmos". Os dois artigos referentes a bens fungiveis e consumiveis passaram a constituir secção autonoma. Não tratava o Projecto das coisas singulares e collectivas. Em lugar das expressões "bens considerados uns em relação aos outros" graphou-se "bens reciprocamente considerados", emenda lamentavel do senador Ruy Barbosa, pois entre coisas principaes e accessorias a relação não é reciproca, nem são reciprocas as proposições dos arts. 58-64: podia dizer, em melhor forma e sem impropriedade, "dos bens considerados entre si". A "bens em relação ás pessoas" preferiu-se "bens publicos e particulares". O art. 69, que aí se achava, veio a constituir, por si só, o capitulo IV, e todo o capitulo V (arts. 70-73) surge depois, por emenda do Senado Federal, tardia e defeituosamente.

No Livro III, a rubrica "Dos factos juridicos" substituiu o que Clovis Bevilaqua escrevera: "Do nascimento e extincção de direitos". Os arts. 74-80, derivados (arts. 75-80) do Projecto de Bevilaqua, que recebera os tres ultimos do Projecto de Coelho Rodrigues, e um elaborado (art. 74) pelo revisto, formaram as disposições preliminares concernentes a actos juri-

dicos, actos illicitos e acção (prescripção), titulos do Livro III sobre "factos juridicos". Coherentemente com a abertura da rubrica geral "Dos factos juridicos", que fez dos "actos juridicos" titulo I, transformou-se o capitulo VI (Dos actos illicitos) em titulo II. O capitulo VII do Projecto revisto (Do modo de acquisição dos direitos), o titulo II (Conservação e defesa dos direitos) e o titulo III (Extincção de direitos) desappareceram, e os seus artigos constituem aquelles com que o Projecto de Clovis Bevilaqua contribuiu para as "disposições preliminares" relativas aos factos juridicos (arts. 75-80). Lucrou a lei, mas não era desarrazoada a distribuição do Projecto de Bevilaqua: actos juridicos, exercicio dos direitos, extincção dos direitos. Foi a Camara dos Deputados que deu a ordem definitiva. A prescripção, que, no Projecto de Bevilaqua, constituia capitulo do titulo "Da extincção dos direitos", desligou-se e surgiu em titulo III, transformadas em capitulos as secções.

Na Parte Especial, o Livro I perdeu o capitulo I sobre "promessas de casamento", e o capitulo VII, que se denominava "Das nullidades do casamento", veio a chamar-se "Do casamento nullo e annullavel" (capitulo VI, arts. 207-224), para frisar a theoria das nullidades adoptadas pelo Codigo. O capitulo III do titulo III (Do regime da communhão parcial) designava-se "Da communhão limitada aos rendimentos". No titulo IV, — que se denominava "Da dissolução da sociedade conjugal e do casamento", porque a morte e a annullação dissolvem o matrimonio, ao passo que, no systema do Codigo, o desquite só dissolve a sociedade conjugal, — modificou-se a rubrica ("Da dissolução da sociedade conjugal e da protecção da pessoa dos filhos"). No titulo V, manteve-se a adopção antes do patrio poder, como estava nos Projectos de Coelho Ro-

drigues e Bevilaqua, porém não nos pareceu feliz: a principalidade romana da adopção foi phenomeno social, que passou. No titulo VI, o Projecto abrangia, sob o nome de tutela, a tutela com tutores e protectores, a curatela de loucos, nascituros e ausentes.

No Livro II, o titulo I tinha quatro capitulos: Noção de posse; da protecção possessoria; dos direitos do possuidor em relação aos frutos e ás bemfeitorias; da perda da posse. No titulo II, desappareceu a secção "Da extensão dos direitos do proprietario", cujos artigos, refeitos, passaram a lugares mais proprios, e surgiu a rubrica "Do direito de tapagem" (artigo 588), incluida pelo Projecto revisto, que se inspirou em Coelho Rodrigues. No capitulo III, em vez da ordem do Codigo, lia-se: tradição, usucapião, occupação, invenção (thesouro, caça, pesca), especificação, confusão e adjuncção. E' sensivel a vantagem da lei. A secção IV do capitulo (art. 646) procede do projecto revisto, art. 743. Ao capitulo VI chamava-se "Do direito autoral". No titulo III, dividiu-se em duas secções o capitulo III, no capitulo IX passou-se para a secção I o penhor legal, no capitulo XI eliminou-se a secção sobre "Letras hypothecarias de credito e de divida", que ficou ao direito commercial, e incluiu-se uma sobre hypothecas de vias ferreas. O "registo de immoveis" (arts. 856-862), que era o titulo IV, do Projecto, torna-se, absurdamente, simples secção do capitulo sobre hypotheca.

No Livro III, apenas se simplificam as rubricas. No titulo IV, por exemplo, em vez de "Preceitos geraes sobre os contractos", diz-se "Dos contractos", e "disposições geraes" em vez de "da constituição dos contractos". Prefere-se a contractos "synallagmaticos" a expressão contractos "bilateraes". Inclue-se o capitulo "Dos contractos aleatorios" (arts. 1.118-

1.121). Em vez de "resgate" emprega-se "retrovenda", titulo V, arts. 1.140-1.143. Introduziram-se o art. 1.163 (pacto commissorio), devido ao revisto, o art. 1.309, que se inspirou no *Esboço* de Teixeira de Freitas, a secção do capitulo VII sobre mandato judicial, o capitulo XV sobre jogo e aposta; e eliminaram-se o titulo VIII (De outras causas de obrigações), que comprehendia um só artigo (1), e as secções do titulo IX sobre a insolvencia civil ou fallencia dos não-commerciantes.

No Livro IV, reuniram-se os capitulos sobre aceitação, renuncia e consequencias da aceitação da herança (arts. 1.581-1.590). Eliminou-se o capitulo I do titulo I, que se compunha de dois dispositivos (2). A' expressão "testamento holographo" preferiu-se "testamento particular" (arts. 1.645-1.649). Excluiu-se a secção do capitulo V sobre "testamento feito em tempo de peste". Introduziram-se o capitulo IX sobre "caducidade dos legados" (arts. 1.708-1709), o XV sobre a desherdação (arts. 1.741-1.745), e, no titulo IV, o I. Eliminou-se um capitulo (Do inventario judicial) e, em vez de "rescisão da partida", falou-se, no capitulo VII, em "nullidade da partilha".

Por esta breve comparação entre a estructura do Codigo Civil e a do Projecto, verifica-se que o esqueleto é, com pe-

---

(1) Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 1.657: "Este livro não comprehende as causas geradoras de obrigações contempladas no direito de familia, nas prescripções referentes á posse e aos direitos reaes, no direito hereditario, nem as que procedem dos principios de direito publico". O Projecto da Camara dos Deputados, art. 1.535, ainda o mantinha; e o parecer do Senado Federal não lhe foi contrario: desappareceu posteriormente.

(2) Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 1.769: "Não póde ser herdeiro legitimo aquelle que ainda não estava concebido ao tempo da abertura da successão". Naturalmente! Art. 1.770: "Aquelle que, depois do fallecimento de seu conjuge, deixar de fazer inventario dos bens do casal, havendo filhos menores communs, fica inhabilitado para succeder a esses filhos". Assim era no direito anterior (Ord., Liv. I, tit. 88, § 8°) e a tendencia geral a não abrir inventario justificava a medida, em todo caso pouco efficiente.

quenas alterações, o mesmo, e estas, quasi sempre beneficas, poucas vezes desacertaram ("bens reciprocamente considerados", arts. 58-64; "dissolução da sociedade conjugal", art. 315; inclusão do "registo de immoveis" no capitulo sobre hypothecas, arts. 856-862, etc.).

49. Comparação dos Codigos contemporaneos. — Se compararmos com o B. G. B. parece-nos que houve, na lei alemã, sobrecarga de regras e, talvez, realmente, fosse possivel, hoje, simplificar-lhe a estructura e a massa de dispositivos. Mas certo é, tambem, que a simplicidade do Codigo Civil brasileiro não se conseguiu sem prejuizo da sua relativa plenitude. Tem 1.807 artigos, curtos e com poucos paragraphos, e 21 de Introducção. Se o aferirmos pelo suiço (incluida a lei sobre direito das obrigações), verificaremos que é menor, devido ás alineas deste, e podemos reputá-lo a metade do B. G. B. Aliás, a tendencia é para diminuir a massa de normas, fundi-las, economizar o esforço humano em regrar a vida. Comparem-se o Digesto, as Ordenações Affonsinas, o *Preussisches Allgemeines Landrecht*, o Codigo Civil austriaco, o *Code Civil*, o Codigo Civil chileno, o argentino, o português, o B. G. B., o suiço e o brasileiro.

Depois dos quatro Projectos, podia Clovis Bevilaqua aproveitar o material delles e apresentar a construcção sobria, mas elegante, que apresentou, — construcção que a Commissão revisora, a Commissão da Camara e o Senado aperfeiçoaram em muitos pontos. Pela colheita de artigos, a que procedera, no Esboço de Teixeira de Freitas, no Projecto de Coelho Rodrigues, que foi a principal das suas fontes immediatas, no de Nabuco de Araujo, que em quasi nada lhe serviu, e no de Felicio dos Santos, de que recebeu regras tradicionaes e suggestões conser-

vadoras, a obra de Clovis Bevilaqua constituiu algo de nacional, de caracteristico, a despeito do cosmopolitismo inherente ás construcções, de feitio universitario, nos povos novos. A Camara dos Deputados, com a tolerancia, que então a distinguia, de receber no seio das suas commissões juristas, advogados e juizes, deu-lhe certo cunho politico, certa concordancia com a opinião geral; e o Senado Federal imprimiu-lhe o seu nacionalismo esperto, a sua experiencia da vida economica do país. Uns e outros criaram regras novas, preceitos nascidos das condições actuaes da nação. Breve estatistica poderia dizer-nos que foi, ainda em 1900-1915, Teixeira de Freitas, o codificador de 1860. quem mais *criou* no Codigo; depois, Coelho Rodrigues, Bevilaqua, a Commissão revisora e o Senado. O Codigo Civil não é copia servil de nenhum Codigo: se ha capitulos, como o de seguros, que quasi se trasladaram para a lingua nacional, não se póde dizer o mesmo do conjunto da lei e da distribuição das materias.

Se, com a revisão de Ruy Barbosa, ganhou, em forma literaria, o Codigo Civil, perdeu, ás vezes, em fundo. O orador brasileiro, ciceroniano, plastico, como todo espirito de visual, tinha as palavras, em seus discursos, como elementos de decoração, como tijolos ou tocos de *puzzle*, de que a sua facundia tirava effeitos maravilhosos, ou bem os tratava, nas suas campanhas advocaticias e politicas, como simples grampos vistosos para segurar os raciocinios demagogicos da mais pujante capacidade sophistica, na raça latina, dos ultimos cincoenta annos. Por isto, na revisão do Codigo, apparece insensivel ao que dizem, dentro, os artigos; só os vê por fóra. Espanta que um homem que viveu da sua profissão e da oratoria parlamentar, em lutas de questões juridicas, pudesse chegar a este extremo de insensibilidade ás

idéas, ás regras, qual o de ler e reler o Projecto de um Codigo Civil, como relator do Senado, e de escrever o *Parecer* e a *Replica,* dois repositorios preciosos de boa linguagem portuguesa, sem se preoccupar com o conteúdo dos dispositivos da futura lei civil. Daí a sua flagrante responsabilidade em errados entendimentos de artigos, como se, por absurda scisão, áquelle estylista onduloso e opulento, só a forma fosse sensivel, e como se as palavras fossem, para elle, fins puros, e não meios. O artigo 1.445, por exemplo, attesta este descaso pela doutrina juridica; nelle o art. 510 do *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich* apparece deformado. Iguaes desattenções, nos artigos 1.119, 1.343 e outros (Veja *Incorrecções*).

50. Fontes materiaes do Codigo Civil. — Das aproximadamente 1.929 *fontes* do Codigo Civil, ao direito anterior pertencem 479, á doutrina já vigente antes do Codigo Civil, 272, e ao *Esboço* de Teixeira de Freitas, 189. Isto quer dizer: em tudo que se alterou, foi o *Esboço* a fonte principal.

Dos Codigos o que quantitativamente mais concorreu foi o *Code Civil,* 172, menos por si do que pela expressão moderna que dera a regras romanas. Em seguida, o português, 83, o italiano, 72, os Projectos alemães, 66, o *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich,* 67, o espanhol, 32, a Lei suiça de 1881, 31, o Codigo Civil argentino, 17, o direito romano (directamente), 19, o B. G. B. austriaco, 7, o Codigo Civil chileno, 7, o mexicano, 4, o uruguayo, 2, o peruano, 2, e outros. As fontes alemãs foram as mais importantes e por vezes os outros Codigos foram vehiculos das influencias alemãs e austriacas. Mas, se as innovações em relação ao direito anterior, foram 1.178, aos Codigos estrangeiros pediu-se menos de metade destas, pois foram de elaboração brasileira mais de 670. Concorreram para isto: *Esboço* de Teixeira de Freitas, 189, Projecto de Felicio

dos Santos, 49, de Coelho Rodrigues, 154, de Bevilaqua, 135, revisto, 78, da Camara dos Deputados, 40, Senado Federal, 26, e outros, 2 ou 1.

51. Unificação do direito privado. — Um dos assumptos predilectos dos juristas brasileiros tem sido a unificação do direito privado (1). Chegou-se até, não sem leviandade, pois já adeantada estava a feitura do Codigo Civil, a autorizar a elaboração de projecto geral de direito privado a Inglez de Souza, autor do projecto de Codigo Commercial em andamento, — obra defeituosa, mediocre, sem valor scientifico. A incumbencia data de 1910 e perdeu toda a opportunidade com a promulgação do Codigo Civil.

Não fôra este, precisamente, o sonho de Teixeira de Freitas. Não sómente entendia arbitraria a separação do direito commercial, como tambem pretendia fundir, no Codigo Geral, o direito publico e o privado, em vasta synthese dos principios communs do direito.

No direito suiço, unificou-se o direito das obrigações. Comprehende-se e merece louvores. Dos principios do direito das obrigações não só dimana o direito civil, como todo o direito privado. e mais ainda: o proprio direito publico, onde a cada momento se invocam preceitos e regras que lhe pertencem. No direito commercial, nunca se deve architectar outra theoria das obrigações: o que cumpre é tratar de relações especiaes, de insti-

---

(1) Foram favoraveis a isto: J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Das Fallencias*, S. Paulo, 1899, vol. I, pag. 31, e *Direito Commercial*, São Paulo, 1910, vol. I, pags. 19, 20; CARLOS DE CARVALHO, *Nova Consolidação*, pag. II e seguintes; COELHO RODRIGUES, *Trabalhos da Commissão especial do Codigo Civil*, vol. II, pag. 267; INGLEZ DE SOUZA, *Projecto do Codigo Commercial*, Rio de Janeiro, 1912, vol I, pags. 93 e seguintes; ALFREDO VALLADÃO, *O direito commercial em face do Projecto de Codigo Civil*, São Paulo, 1902; SILVA COSTA, na *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, vol. XII, pags. 32-41, 255-262, LACERDA DE ALMEIDA, no *Jornal do Commercio*, de 20 de janeiro de 1916.

tutos sómente commerciaes. O lastro commum é o mesmo. De certo modo se entendeu assim no Brasil e possivel parece que o futuro Codigo Commercial trate de normas especiaes, como a exigencia de livros commerciaes, com as formalidades legaes, a escripturação e valor probante delles, as operações bancarias, o cheque, *clearing-houses*, cambiaes, domicilio e nacionalidade do navio, mas se abstenha de reformar a parte geral e a theoria das obrigações.

MATERIAES

I) Projectos anteriores:

Esboço, por Teixeira de Freitas (que citamos *Esboço*; todos os outros vêm acompanhados dos nomes dos autores), Rio de Janeiro, Typographia de Laemmert, 1860-1864, 4 volumes.

Projecto de Nabuco de Araujo, 118 artigos do *Titulo Preliminar* e 182 da *Parte Geral*, entregues pelos herdeiros ao Governo (*Relatorio do Ministerio da Justiça de* 1879). Ha algumas notas de estudo no livro do filho de Nabuco de Araujo sobre elle (Joaquim Nabuco, *Um Estadista do Imperio*, Rio de Janeiro, 1899, vol. III, pags. 524 e seguintes).

Apontamentos para o Projecto do Codigo Civil Brasileiro, por Felicio dos Santos, Rio de Janeiro, Laemmert, 1881.

Projecto do Codigo Civil precedido da historia documentada do mesmo e dos anteriores, pelo Dr. A. Coelho Rodrigues, Rio de Janeiro, 1897, 2 vols.

II) Projecto de Clovis Bevilaqua:

Projecto do Codigo Civil brasileiro, Trabalhos da Commissão especial da Camara dos Deputados (citaremos: *Traba-*

lhos...), 8 volumes: I vol. Projectos primitivo e revisto (que citaremos Projecto de Bevilaqua e revisto), Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902; II vol. Pareceres e emendas; III vol. Trabalhos da Commissão (relatorios parciaes); IV vol. Trabalhos da Commissão (discussão da lei preliminar e da Parte geral); V vol. Trabalhos da Commissão (discussão da parte especial, arts. 218 a 1.227); VI vol. Trabalhos da Commissão (arts. 1.228 a 2.203 e redacções parciaes); VII vol. Redacção final e sua discussão; VIII vol. Parecer do relator geral e Projecto adoptado pela Commissão.

Não constam destes volumes as *Actas* da Commissão revisora, que foram publicadas antes de ir á Camara o Projecto. Procede-se, actualmente, á reedição, mais completa, dos *Trabalhos*, desde o Projecto de Clovis Bevilaqua; e desta edição constam as *Actas*.

. *Codigo Civil brasileiro, Trabalhos relativos á sua elaboração,* Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, vol. I, 1917 (Observações do sr. Clovis Bevilaqua, Projecto primitivo, Actas da Commissão revisora, Mensagem do Presidente da Republica, Exposição de Motivos, Projecto revisto); vol. II, 1918 (Modificações no Regimento da Camara, Pareceres das Faculdades de Direito, de Tribunaes dos Estados, de jurisconsultos e de membros do Instituto de Advogados, Actas das reuniões da Commissão Especial do Instituto dos Advogados, Respostas do autor do Projecto, Dr. Clovis Bevilaqua, Emendas enviadas á Mesa da Camara, Nomeação da primeira Commissão Especial, Pareceres parciaes dos membros da Commissão, vol. III. 1919). (Discussão e votação, na Commissão especial, do Titulo Preliminar e da Parte Geral, arts. 1 a 217; Discussão da Parte Especial, arts. 218 a 1.227).

Projecto do Codigo Civil brasileiro, Trabalhos da Commissão especial do Senado, vol. I, *Parecer do senador* RUY BARBOSA *sobre a redacção do Projecto da Camara dos Deputados*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902 (citaremos: *Parecer* do senador Ruy Barbosa).

Ligeiras Observações sobre as emendas do Dr. Ruy Barbosa feitas á redacção do Projecto do Codigo Civil, pelo Dr. ERNESTO CARNEIRO RIBEIRO, 2ª edição, Bahia, 1917.

Projecto do Codigo Civil brasileiro, Trabalhos da Commissão especial do Senado, vol. II, *Replica* do senador RUY BARBOSA, Rio de Janeiro, 1904 (citaremos: *Replica*).

A Redacção do Projecto do Codigo Civil e a Replica do Dr. Ruy Barbosa, pelo Dr. ERNESTO CARNEIRO RIBEIRO, Bahia, 1907.

Em defesa do *Projecto de Codigo Civil brasileiro*, por CLOVIS BEVILAQUA, Rio de Janeiro, 1906.

Projecto n. 1, *de* 1902, *do Codigo Civil brasileiro.*

Emendas do Senado ao Projecto da Camara, n. 1, *de* 1902, *do Codigo Civil brasileiro, com parecer da Commissão especial*, Rio de Janeiro, 1913.

Emendas ao Codigo Civil, 1917. *Parecer* de EPITACIO PESSÔA.

PARTE II

SYSTEMA E CARACTER DO CODIGO CIVIL

A DISTRIBUIÇÃO DAS MATERIAS E A INTRODUCÇÃO DO CODIGO CIVIL

O *Code Civil* seguiu a ordem dos *Institutionum commentarii quatuor* de Gaius (direito das pessoas, das coisas, das acções). Já o B. G. B. adoptara a classificação usual nos juristas alemães e tão injustamente censurada por Laurent (1) a Zachariae: Parte geral (§§ 1-240), direito das obrigações (§§ 241-852), direito das coisas (§§ 853-1.296, comprehendendo tambem a posse), direito de familia (§§ 1.297-1.921), direito de successão (§§ 1.921-2.385). No *Einführungsgesetz* regulam-se as relações entre o Codigo e as outras leis do Imperio, as materias que eram reservadas aos Estados confederados, e as questões territoriaes (arts. 153-218), e o direito internacional privado (arts. 6-30).

52. A divisão do Direito Civil nos projectos brasileiros. — No *Esboço* de Teixeira de Freitas, o plano adoptado

(1) F. LAURENT, *Principes de Droit Civil*, vol. VIII, n. 135: "Quand on examine la prétendue classification rationelle qu'un de nos meilleurs auteurs, Zachariae, a substituée à celle de la loi, on se réconcille avec les défauts que l'on reproche au code Napoléon; nous préférons mille fois le desordre du code à l'ordre du jurisconsulte allemand".

foi o da dichotomia — Parte Geral (Pessoas, Coisas, Factos) e Parte Especial. Esta se tripartia em direitos pessoaes (em geral, relações de familia, relações civis), direitos reaes (em geral, sobre coisas proprias, sobre coisas alheias) e disposições communs a direitos pessoaes e reaes (herança, concurso de credores, prescripção). Porém o mais admiravel é a solidez, o concatenamento e a inteireza de construcção juridica, com que pôde erguer, com tal programma falho, com tal classificação censuravel, a sua obra minudente, sagaz, em que por vezes se adivinha o que só no B. G. B. apparecerá. E só este Codigo é, ainda hoje, pelo rigor technico, superior ao *Esboço* brasileiro de 1860. O Codigo Civil argentino (1869) adoptou a disposição de materias imaginada por elle; e, no mundo contemporaneo, só o *Code Civil* e o B. G. B. foram, até hoje, de tão grande influencia em paises estranhos. De 1869 para cá a sua actuação na America Latina é profunda e os dispositivos de Codigos europeus e americanos que attenderam a innovações do argentino são, realmente, frutos do *Esboço*.

A commissão de juristas de 1881, ao dar parecer sobre os *Apontamentos* de Felicio dos Santos, aceitara e propusera a classificação chamada alemã. Insistiu nesta preferencia, em 1893, a commissão nomeada para exame do Projecto de Coelho Rodrigues.

No Projecto de Felicio dos Santos, a classificação era a seguinte: I) Direito civil (propriamente dito): *a*) Direito das coisas; *b*) Direito das obrigações; II) Direito de Familia: *a*) no presente: puro e applicado (direito de familia propriamente dito); *b*) no futuro: successão legitima e successão testamentaria. A commissão atacou, com violencia, esta divisão.

No Projecto de Coelho Rodrigues: Lei Preliminar; Codigo Civil: Parte Geral—Livro I. Das pessoas; Livro II. Dos bens;

Livro III. Dos factos e actos juridicos. Parte especial: Livro I. Das obrigações, Livro II. Da posse, da propriedade e dos outros direitos reaes; Livro III. Do direito da familia; Livro IV. Do direito das successões. Disposição final. Disposições addicionaes transitorias.

A distribuição actual é a do Projecto de Clovis Bevilaqua, com breves alterações em denominações de titulos, capitulos e secções.

INTRODUCÇÃO

LIMITES DA LEI NO ESPAÇO E NO TEMPO

A Introducção do Codigo Civil dispõe, como o *Code Civil*, sobre effeitos e applicação das leis em geral. Não contém disposições semelhantes o B. G. B. O § 1° já concerne á personalidade juridica, e no art. 1 do *Einführungsgesetz* trata-se da vigencia do B. G. B. e das leis annexas, no art. 2 do que se entende por lei, no sentido delle e do *Einführungsgesetz* (toda a regra de direito, *jede Rechtsnorm*). Certamente, não se justifica que seja no Codigo Civil (francês, arts. 1, 2; e brasileiro, arts. 1-4) o lugar das disposições relativas ás demais leis. E' material das Constituições ou das leis regulamentares de ordem geral. Seria altamente recommendavel que corpos technicos, mais familiares aos problemas scientificos das fontes e interpretação das leis, redigissem, com certa prudencia e segurança proprias do sabio, as leis relativas a isto. No Brasil, os prazos para a vigencia das leis deviam obedecer a criterios mais justos e, sobretudo, mutaveis em funcção das modificações no tempo das viagens. Por vezes, os cem dias (maximo do art. 2) são insufficientes para a chegada das leis ao interior do Brasil e ás fronteiras do Territorio do Acre com os paises hispano-americanos.

Por outro lado, porque se incluiu no Codigo Civil a disposição da irretroactividade das leis? Já se achava, com mais criteriosa laconicidade, na Constituição. As interpretações do artigo 3 podem ser excellentes para elle e chocar-se com o art. 11, 3°, da Constituição da Republica: nada valerão. Só podem valer, se forem acórdes com o texto constitucional. Porque, então, o art. 3?

Sobre a interpretação das leis, como sobre o direito intertemporal, melhor seria que leis especiaes — não restrictas ás relações de direito civil—provessem, com acerto e commedimento, sem invasões no que constitue *sciencia,* e não materia de *lei.*

O art. 4 da *Introducção* (Codigo Civil italiano, art. 5 das disposições preliminares; espanhol, art. 5; mexicano, art. 8; peruano, art. VII do titulo preliminar; uruguayo, art. 9; argentino, art. 17; chileno, arts. 52, 53) não parece bem em Codigo Civil. Os arts. 2 e 3 do *Einführungsgesetz* são sem correspondentes no Codigo Civil. Quanto ao art. 4, não no tem o brasileiro, porém é assim que se entende. O Territorio do Acre foi, por vezes, equiparado a Estado (Codigo Civil, arts. 2, 22 paragrapho unico, 26, § 2°, 27 paragrapho unico; mas sem personalidade, 35, 481, 1.594); comtudo não existe no Codigo Civil o correspondente a oart. 5 do *Einführungsgesetz.*

53. Limites da lei no espaço. —No *Einführungsgesetz* é que se acham as regras de direito internacional privado, §§ 7-31. Na Introducção ao Codigo Civil, arts. 8-21, lança-as o legislador brasileiro. E' o exemplo do *Code Civil,* arts. 3, 6, mas o titulo "Introducção" foi inspirado no B. G. B.

O art. 8 da Introducção corresponde ao *Code Civil,* 3 alinea 3ª (porém generalizado), e ao 7 do *Einführungsgesetz.*

Tanto a II Commissão alemã quanto o legislador brasileiro determinaram, não só a situação juridica dos alemães e dos brasileiros e os casos de applicação das leis alemãs e brasileiras no estrangeiro, como tambem a situação juridica dos estrangeiros e a applicação das leis estrangeiras na Alemanha e no Brasil.

Como os que se seguem, o art. 8 da Introducção mostra que o legislador brasileiro, partindo da convicção de que tinha de dispôr, não só sobre a situação juridica dos brasileiros e applicação das leis brasileiras no estrangeiro, como tambem da situação juridica dos estrangeiros e da applicação das leis estrangeiras no Brasil, fixou os limites espaciaes do estatuto pessoal do estrangeiro e do brasileiro. São regras *geraes*, em vez das regras *unilateraes*, que prevaleceram, contra o II Projecto, nos arts. 13, 14, 15 inciso I, 18, 19, 20, 22, 24 alinea 1ª, e excepcionalmente se ditavam regras *geraes* nos arts. 7 do *Einführungsgesetz* (capacidade das pessoas), 11 (forma dos actos juridicos), 17 (divorcio) e 21 (obrigações do pae natural). As normas *geraes* são a regra, no Codigo Civil brasileiro, e as *unilateraes*, a excepção (art. 8 *in fine*, 9 II *in fine*, 13 paragrapho unico, 14 segunda parte, 15 segunda parte, 16, 17, 18, 20). Algumas não podiam ser bilateraes.

A lacuna, em materia de alimentos, emancipação, etc., é evidente, porque o *direito de familia* pode ser encarado do lado de um ou de outro dos sujeitos de direito. A lei alemã é mais completa; porém com accentuadas voltas á lei do domicilio (arts. 8, 9 alinea 2, 23, 29). No proprio art. 7 ha excepções ao principio da lei nacional.

O art. 8 da Introducção não se applica, como tambem o art. 7 do *Einführungsgesetz*, ás limitações ao direito de disposição (*Verfügungsrecht*), salvo se, quanto ao direito brasileiro,

oriundas de direito de familia, relações pessoaes dos conjuges e regime de bens no casamento.

Ha, pois, grande differença, entre o art. 7 alemão e o artigo 8 brasileiro: aquelle só se refere á capacidade civil (*Geschäftsfähigkeit*), e o outro á capacidade civil (*Geschäftsfähigkeit*), aos direitos de familia (*Familienrecht*), ás proprias relações pessoaes dos conjuges, e ao regime de bens. Quanto á capacidade de direito (*Rechtsfähigkeit*): a *geral* concerne ao homem e sobre isto dispôs o art. 2 do Codigo Civil, restando a lacuna sobre *monstruosidade;* a *especial,* ou relativa a certos direitos em particular, tem de ser regida pela lei competente para regular o negocio juridico, salvo a capacidade nupcial (art. 8), a de successão (art. 14), e o disposto no art. 20. Quanto á questão do começo da personalidade, attender-se-á á lei nacional do interessado ou á do negocio juridico? A solução alemã é essa : a brasileira não pode deixar de ser a mesma, se se tratar de capacidade especial, ou quando não tiver de intervir alguma das regras geraes fundadas no principio da nacionalidade.

Mas a obscuridade, o caracter geral do art. 8, baseado na concepção mais ampla, e as demais disposições deixam abertas as grandes questões de direito internacional privado. Que vale dizer que a lei nacional rege os direitos de familia, as relações pessoaes dos conjuges, etc., se pode haver duas ou mais leis nacionaes, pois que ha, necessariamente, dois interessados? A adopção da lei do domicilio *resolve,* pois que se applica aos dois (ainda que outras legislações se conflictem com isto), mas a da lei nacional deixa as *lacunas* que constituem as divergencias da doutrina.

Não contém o Codigo Civil brasileiro a salutar disposição alemã do art. 8, pela qual é possivel a interdicção (*Entmündigung*) do estrangeiro, de acôrdo com as leis alemãs, se tem o

domicilio na Alemanha ou, na falta delle, a residencia. Os inconvenientes desta falta, que resulta na applicação inexceptuada do art. 8 da lei brasileira, são enormes: tem-se de procurar a legislação chinesa para se dispôr sobre os limites da interdicção do chinês. Mas raro se pede a interdicção segundo a lei brasileira. Os proprios estrangeiros mostram bom senso em não discutir subtilezas de leis discordantes em pormenores, mas todas pertencentes ao mesmo circulo de civilização. Em todo o caso, os juizes brasileiros têm a porta de saída: quando a interdicção interesse á *ordem publica*, poderá ser desprezada a lei nacional do interdictando.

Os tribunaes brasileiros podem interdictar brasileiros domiciliados ou residentes fóra do Brasil? A affirmativa não deriva da lei de processo, como se dá na Alemanha (1): sómente como incidente de acção para a qual tenha jurisdicção o juiz brasileiro poderá conhecer da interdicção do brasileiro domiciliado fóra. Se só a residencia é fóra, o domicilio no Brasil dá, em quaesquer casos, jurisdicção ao juiz brasileiro.

Se bem que tenha o Brasil a declaração de ausencia e a presumpção de morte do ausente (arts. 10 segunda parte, 481, 482), deixou a Introducção de tratar da lei que a deva reger. Na Alemanha, ha o art. 9 do *Einführungsgesetz*. Mas entende-se que a lei brasileira é applicavel a brasileiros e estrangeiros, desde que tenham sido domiciliados no Brasil (art. 462). Quanto á successão, á ordem da vocação e aos direitos dos herdeiros, obedecem a lei nacional do fallecido, salvo a excepção do final do art. 14 da Introducção. Mas, se não apparecerem herdeiros presumptivos do ausente, dar-se-á, segundo a lei brasileira, a successão definitiva á Fazenda (art. 483 paragrapho

(1) Cp., na Alemanha, Codigo do Processo Civil, art. 648 alinea 2.

unico) ou, em se tratando de herança jacente, a provisoria (vacancia, art. 1.593 paragrapho unico) e a definitiva (1.594). — Passemos ao "sem patria" e outros incidentes juridicos.

Einführungsgesetz, Artikel 29: "Gehört eine Person keinem Staate an, so werden ihre Rechtsverhältnisse, soweit die Gesetze des Staates, dem eine Person angehört, für massgebend erklärt worden sind, nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem die Person zuletzt angehört hat, und, wenn sie auch früher einem Staate nicht angehört hat, nach den Gesetzen des Staates, in welchem sie ihren Wohnsitz und in Ermangelung eines Wohnsitzes ihren Aufenthalt hat oder zu der massgebenden Zeit gehabt hat".

O *Einführungsgesetz* não prevê a multipla nacionalidade, que constitue o n. I do art. 9 da lei brasileira. No caso de multiplicidade de domicilios, quando no estrangeiro, prevalece o mais *antigo* (ERNST ZITELMANN, NIEMEYER); para outros juristas o mais *recente* e para NIEDNER a *residencia*. Esta terceira opinião coincidiria com o art. 9 da lei brasileira. Em qualquer caso de um delles ou das residencias ser na Alemanha, é a lei alemã que se applica.

Codigo Civil, art. 9 da Introducção: "Applicar-se-á, subsidiariamente, a lei do domicilio, e, em falta desta, a da residencia:

I. Quando a pessoa não tiver nacionalidade.

II. Quando se lhe attribuirem duas nacionalidades, por conflicto, não resolvido, entre as leis do país de nascimento, e as do país de origem; caso em que prevalecerá, se um delles fôr o Brasil, a lei brasileira".

Tanto a lei alemã quanto a brasileira não prevêem o duplo ou multiplo domicilio e, quiçá, a dupla residencia. Não se supprem do mesmo modo as lacunas dos dois systemas juridicos. No alemão, é controversa a solução. No brasileiro, tem de ser a residencia que mais se ligue ao negocio juridico.

Se a pessoa tambem reside no Brasil, *tollitur quaestio*: prevalece a lei brasileira.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Schlusstitel, art. 59, 7ª, que completou a Lei federal de 25 de junho de 1891, declarando que se regeriam pelo direito civil suiço as pessoas cuja nacionalidade e domicilio não pudessem ser estabelecidos.

A solução suiça resolve o caso de incerta nacionalidade e do domicilio incerto: mais pratica do que as dos dois outros Codigos. Se ha multiplicidade de residencias, será difficil adoptar criterio seguro e qualquer delles permittiria incessantes variações de lei reguladora. No art. 23 a lei suiça adopta a *unidade* de domicilio: ninguem póde ter mais de um domicilio.

Ao art. 29 do *Einführungsgesetz* corresponde o art. 9 da Introducção ao Codigo Civil. ¡Mas as soluções são differentes. A lei alemã manda que ao *Heimatlos* se applique, como lei nacional, a do Estado a que pertenceu por ultimo e, se não possuia nenhuma nacionalidade, a do Estado em que tem o domicilio e,

na falta de domicilio, a residencia. A lei brasileira não se preoccupa com a ultima nacionalidade que teve o *Heimatlos*: determina, em todos os casos, que se applique a lei do domicilio ou, na falta desta, a da residencia.

Se houver pluralidade de nacionalidade, o juiz brasileiro tem lei expressa (art. 9 II), a que não corresponde regra expressa da Lei alemã, omissa quanto a isto. Nem uma nem outra previu a pluralidade de domicilios, mas — uma vez regulada a pluralidade de nacionalidades — ficará isto resolvido, se um delles fôr o Brasil. No caso de nenhum delles ser no Brasil, ou de se tratar de estrangeiros com multipla nacionalidade e domicilio, sem que um delles seja o Brasil, a lei brasileira não resolve, se tambem existir multiplicidade de residencia. A solução seria preferir-se a lei da residencia *actual*. Não é assim que se pratica no direito alemão. Ora, os inconvenientes de deixar á residencia a determinação da lei nacional da pessoa são enormes: falta de estabilidade e unidade, em assumpto que assaz o reclama. Os direitos oriundos do casamento e do patrio poder não poderiam ficar á mercê das mudanças de residencia. A melhor solução seria a lei da relação juridica em sua origem (nascimento do filho, lugar do casamento, etc.), o que importa, na maioria dos casos, em optar pela lei da residencia no momento de surgir a relação juridica.

Na Introducção, o art. 17 não evitou a noção vaga de ordem publica. Aliás, nas proximidades de Codigo de Direito Internacional Privado, pode ser util tal expressão, uma vez que se definam os casos. Parece-se o dispositivo com o Projecto alemão da I Commissão, art. 27. A II Commissão substituiu á *ordem publica* o *fim de uma lei alemã* (*Zweck eines deutschen Gesetzes*), que tambem se presta a duvidas, e ajuntava o caso de serem lesivas as leis aos direitos do estrangeiro (II Projecto,

§ 2.389; *Protokolle*, vol. VI, pag. 81-85), que o B.G. B. não conservou.

O art. 18 contraría a Convenção de Haya referente ao processo civil, art. 11, segundo o qual nenhuma caução ou deposito, sob qualquer denominação que tenha, poderá ser imposta, quer em razão da sua qualidade de estrangeiros, quer em razão de não terem domicilio ou residencia no país, aos nacionaes dos outros Estados da Conferencia, que, tendo domicilio em um delles, compareçam, como autores, ou interventores, perante os tribunaes de outro.

No art. 31 do *Einführungsgesetz* o direito alemão consagra o *Vergeltungsrechts* ou principio da retorsão. Não no temos no Codigo Civil.

Os bens, moveis, ou immoveis, estão sob a lei do lugar onde situados; ficando, porém, sob a lei pessoal do proprietario os moveis de seu uso pessoal, ou os que elle comsigo tiver sempre, bem como os destinados a transporte para outros lugares (art. 10, *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 411). Assim, é a *lex rei sitae* que decide: 1) de serem moveis ou immoveis; 2) se a coisa pode ou não ser objecto de direitos reaes ou de determinados contractos; 3) das acções possessorias relativas aos bens; 4) da transferencia dos bens, entre vivos; 5) das restricções legaes ao direito de propriedade; 6) da possibilidade e natureza dos direitos reaes em coisa alheia. Os moveis, cuja situação se mudar na pendencia de acção real a seu respeito, continúam sujeitos á lei da situação, que tinham no começo da lide (art. 10 paragrapho unico).

Regulará, salvo estipulação em contrario, quanto á substancia e aos effeitos das obrigações, a lei do lugar em que forem contraidas (art. 13). Mas sempre se regerão pela lei brasileira, diz o paragrapho unico: I. Os contractos ajustados

em paises estrangeiros, quando exequiveis no Brasil. II. As obrigações contraidas entre brasileiros em país estrangeiro. III. Os actos relativos a immoveis situados no Brasil. IV. Os actos relativos ao regime hypothecario brasileiro. O direito anterior era mais liberal e mais liberaes os Projectos de Felicio dos Santos, arts. 31-36, Coelho Rodrigues, arts. 24 e 29 da lei preliminar, Bevilaqua, arts. 35, 36 da lei de introducção, e o revisto, arts. 34, 35 do titulo preliminar. São lacunas do Codigo: a regra de direito internacional privado sobre execução das obrigações (deve ser a do lugar onde se cumpre a obrigação, salvo estipulação em contrario); a norma sobre a lei que regule os actos illicitos (e deve ser a do lugar em que se deu o facto).

Noutro volume, trataremos do assumpto, mais de espaço.

Tambem a lei do lugar regula: a forma extrinseca dos actos publicos e particulares (art. 11), isto é, quer se trate de escriptos privados, quer feitos em tabelliães, cartorios, etc. (a substancia do acto obedece a outros preceitos, arts. 10, 13, 14); os meios de prova dos factos occorridos no lugar (art. 12), salvo, por exemplo, quando as partes recorrerem ao consulado (art. 204 paragrapho unico), ou legação do seu país. A *lex fori* regula a maneira de apresentar em juizo as provas; a *lex loci*, a admissibilidade das provas. Rege a competencia, a forma do processo e os meios de defesa, diz o art. 15, a lei do lugar onde se mover a acção; sendo sempre competentes os tribunaes brasileiros nas demandas contra as pessoas domiciliadas ou residentes no Brasil, por obrigações contraidas ou responsabilidades assumidas neste ou noutro país. Devemos entender que isto se dá, entre outros casos: *a*) se o fôro do contracto fôr no Brasil; *b*) se o contracto tiver de ser executado no Brasil; *c*) se a acção fôr relativa a immovel situado no Brasil

ou ao regime hypothecario brasileiro; *d*) se relativa a successão que se tenha de liquidar no Brasil; *e*) se concernir a concurso de credores aberto no Brasil.

As sentenças dos tribunaes estrangeiros serão exequiveis no Brasil, mediante as condições que a lei brasileira fixa (artigo 16). A Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, art. 12, § 4, dá ao Supremo Tribunal Federal a homologação das sentenças estrangeiras, com audiencia das partes e do Procurador Geral da Republica, salvo disposição contraria de tratado. No processo de homologação, observar-se-ão as seguintes regras: *a*) Distribuida a sentença estrangeira, o relator mandará citar o executado, para, em oito dias, contados da citação, deduzir, por embargos, a sua opposição, podendo o exequente, em igual prazo, contestá-los. *b*) Pode servir de fundamento para a opposição: 1) Qualquer duvida sobre a authenticidade do documento ou sobre a intelligencia da sentença. 2) Não ter a sentença passado em julgado. 3) Ser a sentença proferida por juiz ou tribunal incompetente. 4) Não terem sido devidamente citadas as partes, ou não se ter, legalmente, verificado a sua revelia, quando deixarem de comparecer. 5) Conter a sentença disposição contraria á ordem publica ou direito publico interno da União. Em caso nenhum, é admissivel producção de provas sobre o fundo da questão julgada. *c*) Em seguida á contestação, ou findo o prazo para ella destinado, terá vista o Procurador Geral da Republica; com parecer deste, irá o processo ao relator e, successivamente, aos dois revisores, na forma estabelecida para as appellações pelo Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. *d*) Confirmada a sentença, extrair-se-á a competente carta, a que se addicionará a sentença homologada, para ser executada pelo Juiz federal da secção a que pertencer. *e*)Se a execução da sentença estrangeira fôr requisitada por

via diplomatica, sem que compareça o exequente, o Tribunal nomeará *ex-officio* um curador, que represente a este e promova, em seu nome, todos os termos do processo. Nomear-se-á tambem curador ao executado, se não comparecer, fôr ausente, menor ou interdicto. Sobre fallencia, rege a Lei 2.024, de 17 de dezembro de 1908. Necessitam tambem de homologação as sentenças estrangeiras sobre partilha e sobre estado civil e capacidade das pessoas (Decreto n. 6.982, de 27 de julho de 1878, arts. 10, 11). Sobre as *cartas rogatorias* dispôs a Lei n. 221, de 20 de novembro de 1890, art. 12, § 4, e precisam de *exequatur* do governo federal.

A reforma da Constituição, pelo facto de passar ás justiças locaes as questões de direito civil internacional, não extinguiu a privatividade, para o Supremo Tribunal Federal, das homologações de sentenças estrangeiras.

55. Interpretação e applicação das leis. — Nos projectos de Codigo Civil brasileiro, declara-se expressamente que a lei só se revoga por outra lei (1). O projecto de Teixeira de Freitas não se occupou do valor do costume, nem da revogação das leis; era nelle assaz grande a dose de espirito scienti-

---

(1) Projecto de Felicio dos Santos, art. 4: "Não se considera revogada a lei com o seu desuso, com o uso em contrario ou por ter cessado a sua razão de ser". Semelhantemente, os Projectos de Nabuco, titulo preliminar, art. 5, e de Coelho Rodrigues, art. 9 da lei preliminar. No Projecto de Clovis Bevilaqua art. 8 da Lei de Introducção, estatuia-se: "Uma lei só póde ser derogada, ou revogada por outra, mas a jurisprudencia assentada e a praxe forense podem suprir as suas lacunas, na conformidade dos arts. 12 e 13". Art. 12: "Nos casos duvidosos, devem ser interpretadas extensivamente as leis que conferem ou reconhecem direitos civis do individuo, restrictamente as que conferem ou definem as attribuições de qualquer agente ou representante dos poderes publicos constituidos". Art. 13: "Nos casos omissos, applicam-se as disposições reguladoras dos casos analogos e, na falta destas, os principios que se deduzem do espirito da lei". A fonte immediata destes artigos foi o projecto anterior, de Coelho Rodrigues. No Projecto revisto, art. 8 do titulo preliminar, apenas se diz: "Uma lei só póde ser derogada ou revogada por outra". Quanto a outros artigos, redigiram-se differentemente e supprimiu-se a allusão ao *espirito da lei*.

fico, para que entendesse determinar, arbitrariamente, *em lei*, o que independe das legislações e resulta de condições sociaes, *mecanicas*, de elaboração collectiva, estranha ao querer individual e das assembléas.

No Codigo Civil, art. 4 da Introducção, prevaleceu: "A lei só se revoga, ou deroga, por outra lei; mas a disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ella, ou ao seu assumpto, se referir, alterando-a explicita ou implicitamente". No art. 7, mandou que, nos casos omissos, se recorresse á *analogia* e, não havendo disposições concernentes a casos analogos, aos principios geraes do direito. Esta ultima expressão provém do Projecto revisto, a que repugnou o *espirito da lei*, que havia no Projecto de Clovis Bevilaqua (1). A proposta foi de Lacerda de Almeida, jurista de convicções religiosas accentuadas e militantes, porém de boa cultura juridica.

A doutrina vacilla entre os differentes conceitos de "principios geraes de direito".

56. **O art. 7 da Introducção.** — O que se vae ler caracteriza os differentes periodos da applicação do direito no direito luso-brasileiro e brasileiro, bem como as oscillações actuaes da doutrina em torno do art. 7 da Introducção. Se uns restringem a interpretação, outros a dilatam, por influencia de escolas européas; ou sustentam que a lei nada tem a dizer sobre isto: trata-se de evolução que se tem de operar á medida que se tornar scientifica a elaboração das leis. Os "principios ge-

(1) CODIGO CIVIL BRASILEIRO, *Trabalhos*, ed. 1917, vol. I, pags. 321 e 559.

raes do direito" têm muito de conteúdo variavel: toda "rigidez" que apresentarem pode ser vencida pela evolução que de facto se operar na mentalidade politica e juridica.

ESPIRITO DA LEI

I

Ordenações, Manuelinas, Filipinas (Acursio, Bartolo, *communis opinio doctorum*).

Vigencia das Ordenações Filipinas até 1769 (opinio doctorum, communis opinio, auctoritas rerum similiter judicatarum, arestos e casos julgados).

Lei de 18 de agosto de 1769, § 13: "espirito das leis".

Discurso supplementar ao preambulo: "a intenção e o espirito de legislador".

Projecto de Coelho Rodrigues, art. 30: "principios que se deduzem do espirito da lei".

Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 13: "principios que se deduzem do espirito da lei".

Golpe legislativo contrario, devido á emenda da Commissão revisora em 1900 (Codigo Civil brasileiro, art. 7 da Introducção).

II

Jurisconsultos portugueses precursores das leis, em materia de interpretação:

Contra o valor extrinseco do direito romano e, pois, exigencia de serem *racionaveis* (acordes com a Bôa Razão):

Domingos Antunes Portugal, *De donationibus,* III, capitulo 39, n. 41.

Sylva, á *Ord. do Liv. III, tit.* 64, *pr., n.* 50.

Pela analogia com outros pontos das leis nacionaes, e não pelas romanas, se comprehendidos os casos "no espirito dellas, por identidade de razão, e por força de comprehensão":

Arouca, *Alleg.,* 97, n. 12 e 14.

Moraes, *De execut.,* Lib. IV, cap. 9, n. 43.

III

PRINCIPIOS GERAES DO DIREITO

Evolução do sentido

EMPIRISMO AUTORITARIO

I. Periodo de prestigio dos julgados e das autoridades (valor extrinseco dos principios nellas sustentados).

RACIONALISMO

II. *a*) Lei de 18 de agosto de 1769: "bôa razão", "primitivos principios, que contêm verdades essenciaes, intrinsecas, e inalteraveis". Recúo de 1772 (*Estatutos da Universidade*), não ao prestigio individual das autoridades, mas ao das nações civilizadas através dellas (*uso moderno*).

b) Espirito das leis (*animismo*), proveniente da Lei de 18 de agosto de 1769.

c) Projectos brasileiros: principios geraes *do direito natural* (Felicio dos Santos, art. 53); principios que se deduzem

do *espirito da lei* (Coelho Rodrigues, art. 38 da lei preliminar; e Clovis Bevilaqua, art. 13 da lei de Introducção).

o) Principios geraes do direito (Nabuco, art. 82; emenda de Lacerda de Almeida ao projecto Clovis Bevilaqua).

TERCEIRA PHASE

III. Direito scientifico.

57. A questão dos methodos. — Os methodos até hoje vigentes de fontes e de interpretação entroncam-se todos no subjectivismo e no voluntarismo, — são, em substancia, despoticos. A vontade do rei ou do povo é que legisla. Procura-se, não a verdade ou o valor adaptativo da norma, o que é sabio, efficaz, melhor, e certo, mas o que o rei ou o povo *quis*. Daí o apêgo aos textos, como se fossem sagrados e devessemos ater-nos a elles como o exegeta aos livros sacros. Daí a pesquisa subjectiva e da vontade do legislador, e daí o animismo da vontade da lei, formula em que se attribue á norma escripta o espirito, a volição, como as crianças e os primitivos o emprestam aos objectos.

Quando é mais empirica que racionalista a mentalidade do povo, têm-se em maior conta os antecedentes que as conclusões e extensões logicas. Quando, pelo contrario, prepondera o apriorismo, a jurisprudencia de conceitos, então o que se almeja é tirar dos actos legislativos o que, em tessido logico, encha as lacunas encontradas. Taes contribuições espirituaes são valorizadas como convicções que estão latentes na mente do legislador ou poderiam ser as delle ou se coadunam e entrosam no espirito da propria lei, elevada, assim, á categoria de entidade. Mais recentemente, em vez de pensar no corpo legislativo, au-

tor da lei ou do codigo, foi entendido que a vontade a investigar seria a do *legislador actual* ou, para alguns. a do *antigo*, se tivesse vivido e legislado no presente e para o presente, no meio das circumstancias actuaes e preponderantes na vida de agora. *Virtualmente insinceros*, os antigos processos e os ultimamente tentados pelo empirismo e pelo racionalismo attendem, confessadamente ou sem no confessar, á apparição das novas circumstancias, das novas forças da vida; e o equilibrio estavel, que prometteram, esconde, com a apparente inteireza logica, o equilibrio instavel, composto pela successão dos factos e pela variavel crystallização do real. Algo, porém, não deixa duvida: á medida que se avança, o criterio positivo invade a theoria das fontes e os methodos de interpretação. Liberta-se, aos poucos, o Direito, como se libertaram as outras sciencias. No Codigo Civil suiço, art. I, como que já se reconhece a alvorada que chega: na falta de texto legal, manda-se ao juiz que pronuncie segundo o direito costumeiro; na ausencia delle, segundo a doutrina e a jurisprudencia; e, se não existe costume, nem doutrina, nem jurisprudencia, conforme as regras que *prescreveria* se tivesse de exercer a funcção de legislador. Foi mais sincero e mais franco; podia, porém, sê-lo mais: "*como se* fosse legislador" é ainda subterfugio, ficção, transigencia com o apparelho politico e a mentalidade racionalista e despotica. Demais, não é só o legislador, nem só elle e o juiz que fazem a lei ou, melhor, que a devem fazer. Producto social, hoje, como ontem, é feita por diversos orgãos sociaes e principalmente por aquelles que mais espontaneamente exercem tal funcção. Porém a evolução é no sentido de abolir os obstaculos á livre collaboração scientifico-legislativa e da retirada de quaesquer apparelhos despoticos que tenham chamado a si a elaboração das regras juridicas, como a igreja quis monopolizar a explicação da

mecanica celeste e da phylogenia humana. Tambem o legislador do empirismo e do racionalismo é omnisciente, omnividente e omniprevidente: na sua infinita sabedoria, provê a tudo; tudo que acontecer foi previsto por elle, que é infinitamente sabio. Donde o prestigio extraordinario que logrou a *analogia*. Sem duvida, muito vale tal processo, e não se lhe póde negar a funcção de reduzir a um mesmo criterio as soluções dos casos concretos. Mas verdade é que se tornou mero instrumento do logicismo, da *Begriffsjurisprudenz*, das construcções abstractas, com que se enrigessem os edificios do despotismo racionalista, hypocrita e escolastico. A analogia leva o caso *m*, pelo caminho da logica, a alguma solução que, scientificamente, nunca se lhe devera applicar. E' evidente o fracasso. Para que se evite isto, é preciso que se conheçam, rigorosamente, os factos e se saiba quando a analogia logica deve ceder ás indicações contrarias. Hoje, mais do que ontem, os proprios juristas da orthodoxia exegetica, empirica ou racionalista, param deante dos absurdos que a pratica revela. E' mistér que não esperem tal caracterização extrema, tal visibilidade, para recuar do seu intento analogico. O expediente é o de conhecer os factos, segundo já dissemos, e saber *quando* e *onde* se deve estacar. Mas isto só o methodo scientifico nos dá. Só a inducção nos servirá de guia. Conclusão: através das proprias formas empiricas e racionalistas observamos a intervenção da sciencia e a crescente necessidade de pesquisa objectiva, de modo que, neste como nos demais processos historico-mentaes da vida juridica, podemos verificar a tendencia para a objectividade dos expedientes de revelação do direito e de libertação da pesquisa.

Será o periodo da mentalidade experimentalo-inductiva.

Falta o terceiro aspecto, que é o da critica á propria regra imposta pelo legislador ou pelo juiz. Aqui a resistencia tem

sido mais dura, pois que está em jogo o prestigio do artificialismo politico despoticamente organizado. Ainda assim, não podemos deixar de reconhecer a evolução accidentada mas perceptivel, no sentido de subordinar o proprio arbitrio legislativo a criterios que o esvaziem, até certo ponto, de regalismo, de voluntariedade. A principio, a tradição, a divisão dos poderes, a racionalidade das medidas, depois, a subordinação a constituições e principios constitucionaes; mais tarde, ao lado do *supplere*, o *corrigere*, ora alcançado pelo empirismo, como se dá, principalmente, entre anglo-saxões, ora pelo racionalismo, ora formulado como inevitavel (*Systema*, I, 496; II, 224, 387), até que (1), com o *methodo scientifico*, pudessemos dizer (II, 278): As leis impostas são violadas inconsciente, subconsciente e conscientemente. Comprimidas pelos textos legaes, que, quasi sempre, são symptomas de hypertrophia do phenomeno politico (despotismo prophetico, autocratico ou representativo), as realidades rompem o envoltorio e impõem-se ao juiz ou ao interprete. Sente-se o applicador obrigado a desobedecer por motivos religiosos, moraes, economicos. A impossibilidade de attender á regra *é* sempre *qualificada*, porque o modo mecanico-social de reacção contra a absorpção politica é a defensiva por parte de outros interesses, de outro processo social de adaptação (economico, moral, religioso). Com quanto tratado por outros o assumpto, não lhes occorreu esta explicação, que é a unica *objectiva* e *scientifica*: em vez de se recorrer a dados abstractos, mostra-nos o facto na propria vida do phenomeno social, em cuja economia ha a tendencia do equilibrio. A lei deforma-se ao contacto das realidades; o seu valor resulta da *visibilidade* e *importancia occasional do orgão*, que a for-

---

(1) Citaremos por vezes no proprio texto a obra *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, Rio de Janeiro, 1922, 2 volumes.

mula, ainda assim susceptivel de attenuações e corrigendas. Para que a lei se applicasse á risca e valesse por si, seria mistér que se ajustasse exactamente ás realidades sociaes, exprimisse o que é necessario para melhor adaptação social, — fosse, technica ou scientificamente certa. O unico methodo qeu póde ministrar a regra juridica com taes condições de harmonia, de efficacia e de verdade seria a *inducção*, porque trabalha com o *real* e delle tira o que, normalmente, o rege, bem como o que lhe é preciso para que menos imperfeitamente prosiga a vida. O methodo scientifico é maior garantia do que a que nos dão ou podem dar certos principios e cautelas politicas, como a *electividade dos corpos legislativos* e a *separação dos poderes*: porque tal segurança é a que a methodologia attribue a todas as demais sciencias.

Não ha e não *deve* haver differença material entre legislação e jurisprudencia, que é revelação da lei pelo juiz (Theodor Sternberg, 1904), nem entre ellas e a revelação interpretativa (Pontes de Miranda, 1922), porque, com o *methodo scientifico*, qualquer pessoa, que possa proceder ás pesquisas, chegará mais ou menos ás mesmas conclusões. Se dizemos "mais ou menos", é para accentuar que dentro da sciencia positiva do direito continuará o surto evolutivo, expresso no constante augmento de positividade e na progressiva eliminação dos vicios e expedientes recebidos do empirismo, que é rotineiro, e do racionalismo, que é despotico, sonhador, rhetorico e demagogico.

A sciencia positiva do direito vem, justamente, extirpar o escalracho do regalismo. E' um dos instrumentos, *o mais recente*, da lei de democratização da criação do direito, que deriva, por sua vez, do principio da progressiva diminuição do *quantum* despotico, que se prende a outro mais geral, o da crescente estabilidade, como este ao da adaptação. Se quisermos

subir mais, chegaremos, através da mecanica de Hertz e dos theoremas de Euler, Hamilton, Gauss, etc., ao da determinação unica (1), tão brilhantemente enunciado por Joseph Petzoldt.

Assim podemos assentar:

1. A entrega da funcção legislativa a corpos não technicos, eleitos sem o criterio de capacidade scientifica, que seria o unico toleravel, equivale á entrega da medicina, por eleição, aos individuos, engenheiros, carpinteiros ou soldados, que consigam maior numero de votos. É a barbaria numerica, com o que se insere o jogo de azar no despotismo (eleição, em vez de autoritarismo monarchico hereditario), mas continúa o despotismo, a imposição da vontade de alguem para fazer as vezes de verdade.

2. A negação da actividade legislativa do juiz importaria em faculdade de denegar justiça, pois que ha *lacunas* nas leis e nem sempre as suprem os recursos logicos. Tambem a formula suiça — o juiz julgará, como julgaria o legislador — não satisfaz ás exigencias da sciencia positiva do direito. Não ha duvida quanto ao sincero adeantamento que revela, em relação aos demais systemas de interpretação; constitue mesmo (admitte-se) ficção heuristica praticamente valiosa: mas, no fundo, é reminiscencia da theoria da vontade do legislador, conserva os mesmos caracteres de voluntarismo subjectivista e de respeito ao fetiche. O fetiche não *proveu* á especie: é preciso resolver *como proveria* elle. Não se pode occultar o substrato primitivo: lembra o julgamento das ordalias e as consultas aos espiritos.

(1) Em carta dizia-nos o prof. JOSEPH PETZOLDT, a quem tanto deve a Mecanica: "fico muito contente de poder expressar-vos toda a minha maior sympathia por tudo que concerne ao vosso ponto de vista biologico. Mui particularmente, estou de acôrdo com terdes feito fundamento da vossa theoria os principios da determinação unica e da estabilidade".

A lei da democratização não tira das mãos do legislador *uno* ou *multiplo*, para as de todos, o sceptro legislativo. Então caminhariamos para o grande mal, e não para maior harmonia. A critica já estava na obra politica de Comte, em varios pontos de que citaremos dois (1): "L'absolu dans la théorie conduit nécessairement à l'arbitraire dans la pratique. Tant que l'espèce humaine est envisagée comme n'ayant pas d'impulsion qui lui soit propre, comme devant la recevoir du législateur, l'arbitraire existe forcément, au plus haut degré, et sous le rapport le plus essentiel, non obstant les déclamations les plus éloquentes. C'est la nature des choses qui le veut ainsi. L'espèce humaine étant alors laissée à la discrétion du législateur, qui détermine pour elle le meilleur gouvernement possible, l'arbitraire peut bien être restreint dans les détails, mais on ne saurait évidemment le chasser de l'ensemble. Que le législateur suprême soit unique ou multiple, héréditaire ou électif, rien n'est changé à cet égard. La société tout entière se substituerait au législateur, s'il était possible, qu'il serait encore de même. Seulement, l'arbitraire étant exercé par toute la société sur elle-même, les inconvénients deviendraient plus grands que jamais". Mas ha outra lei, — e devemos attender aos effeitos de ambas e não sómente da que diffunde a criação do direito. A progressiva diminuição do "quantum" despotico tem — como um dos seus mais efficazes instrumentos — a sciencia: e já no tempo em que escreveu reconhecia Comte: "si l'on jette un coup d'œil sur la société, on reconnaitra bientôt que cette influence spirituelle se trouve aujourd'hui exclusivement entre les mains des savants". E mais adeante: "les savants possèdent aujourd'hui,

(1) A. COMTE, *Système de Politique Positive*, Paris, 1854, vol. IV (appendice général), pag. 102, 73.

à l'exclusion de toute autre classe, les deux éléments fondamentaux du gouvernement moral, la capacité et l'autorité théorique".

A sciencia é um dos instrumentos da diminuição do despotismo; e, por sua vez, a diminuição do despotismo torna *possivel* e *facilita* a intervenção da sciencia no trato dos problemas sociaes e politicos.

A lei de democratização dos processos de revelar o direito não impõe que se deixe a amadores a inteira liberdade de collaboração legislativa. *Democratiza-se* quando se deixa aos *competentes* a funcção; e o ideal seria que livremente se elaborasse a lei, com a só segurança da verdade scientifica e sem o elemento despotico das assembléas. A entrega de mistéres technicos aos espiritos technicos não repugna aos canones democraticos. A propria solução que attenda ás tendencias da democracia indirecta e da necessidade de competencia constitue problema de *technica* constitucional ou regimental dos corpos legislativos.

Caminhamos (está nos factos, nas leis sociologicas) para a livre pesquisa do direito. A questão de saber *como* será possivel a revelação livre das regras juridicas, como temos a revelação livre das leis physicas, não é problema juridico, posto que interesse á sciencia do direito. E' problema *moral* e *politico*. E', digamos com sinceridade, o problema capital da politica. Certamente o scientista do direito terá de estudá-lo, porque é, necessariamente, sociologo: preoccupa-o na integridade, e não sómente em parte, o problema social. A medida que se remodelam as instituições politicas e a força de novos corpos prepondera e se accentúa, passa de um *foco* para *outro* ou *outros* a elaboração visivel da lei, mas sem que, no essencial, se modifique o phenomeno juridico. — varia, apenas, o apparelho de expressão das duas forças (interesses collectivos e individuaes), com

a media de erros mais ou menos correspondente ao gráu de mentalidade. Não ha circulo social sem direito e este tem de ser produzido, pouco importa quem seja o instrumento, bom ou máu, de revelação e de iniciativa. Aos erros corresponderão reacções do organismo social, retardamentos, suspensões de surtos evolutivos, atrasos, empobrecimentos e até agonias e mortes, não só porque as reacções custam energia como porque podem não bastar para refazer o equilibrio, para eliminar ou compensar os males. Daí os *ensaios*, que são a propria historia dos corpos legislativos. A funcção *migrará*, até que a applicação do *methodo scientifico* ao dominio do direito possa assegurar o rythmo e o fecundo e seguro proseguimento da vida, sem os prophetas, sem os reis, sem os corpos legislativos arbitrariamente eleitos, que correspondem a estadios inferiores da organização humana.

A' politica é que compete — pelo estudo dos factos, dos respectivos paises — procurar o melhor modo de organizar a *livre revelação do direito*. Só assim se podem conceber, na hora que passa, programmas politicos, que aos olhos dos nossos filhos possam deixar de parecer ridiculos.

O que o methodo scientifico nos mostra é a *possibilidade* (e nunca o direito adquirido) da revelação da lei por todos, e não sómente pelos reis, pelos corpos legislativos, ou por estes e os juizes, segundo a mais recente concepção autoritaria. *A revelação do direito é livre.* E' a isto que devemos chegar, como acontece na Physica, na Chimica, na Biologia, etc. Este é o estado melhor, e a elle deve adaptar-se e ascender o pensamento humano, porque é nisto que está o progresso e o esplendor da cultura universal. Como se deu noutros ramos (actividade economica, literaria, scientifica), tem de democratizar-se a revelação do direito. Trata-se de corollario da civilização, até aqui

retardado pelas forças de reacção politica, pelo misoneismo, pelas persistencias morphologicas, se bem que já iniciado o outro processo morphogenico.

Democratizar sem diminuição do *quantum* despotico não seria progresso. Basta que intervenha mais *sciencia*, para que diminúa aquelle *quantum*: a elaboração politico-juridica caracteriza-se pelos indices 7 e 4; a tripla, — politico-scientifico-juridica, — dar-nos-ia a substituição de parte de 7 e de 4 por 1.

A espontaneidade, e não o artificialismo, é o que mais convém á paz social, ao *acêrto*, á normalidade da vida. Democratizar a criação do direito não é entregá-la a assembléas, nem directamente ao povo, — é deixá-la ás vocações que se tornaram competentes e seguras, ao trabalho lento mas fecundo das pesquisas technicas; de modo que as massas humanas *adhiram* a ella e, depois, a *adoptem*, como *adherem* ás novas conquistas scientificas e *adoptam* os novos sôros.

E' o que a Sociologia nos diz decorrer das proprias leis do mundo; porque:

I. A lei da democratização dos processos de revelar o direito resulta da progressiva diminuição do elemento despotico, como este do principio da crescente estabilidade.

II. O principio da progressiva diminuição do *quantum* despotico e o da dilatação dos espaços sociaes são correlativos; por conseguinte, dilatados os circulos sociaes, necessariamente se operará a variação dos processos de elaboração do direito. As assembléas politicas actuaes são correspondentes aos Estados do periodo que atravessamos. Modificam-se, aos poucos, com o proprio desprestigio publico, quer dizer — com a sensivel perda do valor opinativo ou autoritario.

III. A elaboração do direito pelos reis, pelos parlamentos, pelas assembléas ou congressos, pelos corpos legislativos e

pelo juiz, pelo consulta ao povo (*referendum*), etc., constitue processo *autoritario*, opinativo, da criação da lei: é o regalismo legislativo, sob as suas mil feições historicas, mais graves ou menos graves, porém todas imperfeitissimas, artificiaes e não raro ridiculas. Já esteve a sciencia sob os mesmos jugos.

IV. A sciencia já se libertou. Porém não em *todos* os seus ramos. O direito, por exemplo, continúa escravo. Todavia, com o tempo, melhorou a sua condição, e tende a libertar-se. E porque melhorou? Porque a cultura se extendeu a maior numero e o ensino se oppôs ao livre exercicio da actividade despotica e opinativa. Progressivamente se avança para a democratização dos processos de revelar o direito, o que se fortalecerá com a investigação scientifica, que — no Direito, na Economia e na Sociologia, — como na Physica, na Chimica, na Biologia e nas demais sciencias, — independe de *corpos deliberantes*, que são *superfluo violento,* subjectivo, da proclamação das verdades scientificas. As assembléas politico-legislativas são correspondentes aos Estados do periodo que atravessamos. Modificam-se, aos poucos, com sensivel perda do valor opinativo e autoritario.

A livre pesquisa deve ficar adstricta aos rigores do methodo scientifico. Se assim não fôr, teremos o *government by judges*, a *judicial oligarchy*, a aristocracia da toga, ora empirica, ora racionalista, que caracteriza a politica norte-americana da supremacia judiciaria. No Brasil, com intermittencias, já se pretendeu chegar a tal deturpação. Aliás, no regime dos tres poderes, o equilibrio não pode ser senão *por ensaios;* mas, se é perniciosa a demasiada instabilidade, mais o é a supremacia legislativa, a judiciaria ou do executivo, pois que constitue qualquer dellas, necessariamente, solução *autocratica* do systema

tripartido de poderes, salvo se ha, com a caracterização, diminuição do *quantum* despotico.

O equilibrio unitario é pura miragem, em que, amante das abstracções, se compraz o racionalismo, com a politica de conceitos, de que é exemplo a perfeita independencia com que sonhara Montesquieu. Vemos, na Inglaterra e na França, preponderar o Legislativo, nos Estados Unidos, o Judiciario, no Brasil, o Executivo.

Como obviar á impossibilidade da perfeição na independencia dos poderes e á inevitabilidade lamentavel da supremacia, que ás vezes conduz a augmento de *quantum* despotico e, pois, a atraso social, a involução? São dois exemplos da insufficiencia do intuicionismo e do racionalismo, aquelle empirico e este apriorista, um com a solução dos factos e outro com a das abstracções. Para que se possa avançar e não se esteja, após as tentativas de perfeição (*racionalismo* das Revoluções e dos programmas abstractos), a voltar ao *empirismo* da vida, ao desengano da intervenção do homem na materia social, só existe um recurso: a sciencia, a inducção, a experimentação, o methodo scientifico, com que se entrará na terceira phase.

A objectividade será a maior segurança contra o arbitrio, contra o aferro retrogrado da empiria, que é tradicionalista, e contra o desembaraço opinativo do deductivismo, do sophisma, da abstracção, do *a priori*. Uniformiza-se o criterio de pesquisa das verdades juridicas e difficulta-se a arbitrariedade:

I. Do Poder Legislativo, pois que a lei se fará segundo os dados e materiaes de observação, de estatistica, etc., e não segundo a opinião, o pendor ou o *credo* politico dos legisladores, a que não se dará autoridade despotica para impô-la ás populações, por intermedio da violencia do Executivo e da *sub-consciencia* do Judiciario. Não legisla por *poder* legislar, mas por

ter *descoberto* a regra juridica, o preceito capaz de servir á ordem social.

2. Do Executivo, porque, em vez da doutrina vigente de discricionariedade dos actos de tal poder politico, se lhe exigirá a mesma sujeição aos criterios scientificos.

3. E do Judiciario, porque não poderá preferir a regra *a* de exegese, em vez da regra *b*, o que é possivel no actual systema de interpretação, nem se sentirá perturbado, no caso de lacunas, pela contradicção dos dois principios, — obrigação de julgar e dever de decidir *de acôrdo com a lei*. Se a lei não contém, compacto, sem lacunas, o direito,—a alguem compete revelá-lo; e o mesmo acontecerá se fôr errada ou imperfeita, porque o estado actual da mentalidade humana não deve permittir que se pratique, *conscientemente*, o *mal social*. Se a doutrina mostrou o que falta, o que corrige ou o que substitue, e de casos taes demos exemplos no *Systema* (II, 275-278), a ella ha de recorrer o juiz, e não sabemos por que seja melhor do que a propria a elaboração alheia. O fim da sua funcção não são os dispositivos escriptos, a guarda fetichista e religiosa de documentos e dogmas, mas a justa actuação nos factos da vida. E o *justo* é o que, para a Sociologia e a sciencia inductivo-experimental do direito, constitue o *acertado*.

CAPITULO II

A PARTE GERAL DO CODIGO CIVIL

Divisão das pessoas — Pessoas naturaes

Adoptaremos, na exposição da Parte Geral, do Direito da Familia, das Coisas e das Successões, methodo mais synthetico que analytico: este convirá ao Direito das Obrigações, mais cosmopolita, menos caracteristico. No Direito das Obrigações, as legislações discordam em subtilezas; naquelles, em principios mais ou menos geraes.

59. Capacidade do direito (Rechtsfahigkeit). — No art. 1º, o Codigo define o seu campo de applicação; a primeira regra é no art. 2º que se encontra.

Einführungsgesetz, Art. 88: *Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Erwerb von Grundstücken durch Ausländor von staatlicher Genehmigung abhängig machen*".

O artigo comprehende as pessoas physicas e as juridicas.

Cp. B. G. B. § 1.315, Reichsgesetz vom. 1. Juni 1891 § 13.

Ha no B. G. B. diversas restricções, mas o principio geral é o da capacidade de direito do estrangeiro.

Codigo Civil brasileiro, art. 2: "*Todo homem é capaz de direitos e obrigações, na ordem civil.* Artigo 3: "*A lei não distingue entre nacionaes e estrangeiros, quanto á acquisição e ao gozo dos direitos civis*".

No Brasil, é assumpto constitucional o mesmo tratamento legal para brasileiros e estrangeiros residentes. A lei civil apenas persevera nisto. Não seria, portanto, valida a lei que exigisse a reciprocidade, em se tratando de estrangeiros residentes no Brasil. Tão pouco o art. 88 da lei allemã: seria no Brasil inconstitucional. Não

Code Civil, art. 11: "*L'etranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra*".

Codice Civile del Regno d'Italia, art. 3: "*Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini*".

Codigo Civil argentino, art. 51. (*Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 35). Codigo Civil chileno, art. 56; uruguayo, 21, 22; peruano, 34; venezuelano, 17, e leis de 1904.

acontece o mesmo quanto aos direitos politicos, se bem que assaz liberal, nesta materia, a Constituição da Republica. Mas, quanto ás pessoas de direito publico externo, dispõe o art. 20, e, quanto a certas sociedades, ha limitações. A navegação de cabotagem sómente pode ser feita por navios brasileiros (Const., art. 13 paragrapho unico). Os estrangeiros não podem ser corretores de fundos publicos e da Bolsa (Decreto numero 2.476, de 1897, art. 4 letra *a*), nem leiloeiros matriculados (Codigo Commercial, art. 68), nem ser nomeados escrivães e empregados da Justiça (Decreto numero 9.420, de 28 de abril de 1885, art. 169). A jurisprudencia do Supremo Tribunal admittia a expulsão quando nocivos á ordem publica; hoje é materia constitucional, art. 72, § 33.

60. A monstruosidade. — Todo ser que nasce da mulher é homem? Biologicamente, sim. Convém que o seja socialmente? No silencio do Codigo Civil alemão, entende Planck que a lei não reconhece (1) a possibilidade de nascerem monstros. Mas já Kuhlenbeck considera questão de facto (2). Ora, se bem admittimos que os medicos sacrifiquem os sêres que não *devem* viver (e as leis eugenicas ganham terreno dia a dia), como os havemos de ter, pelo menos a estes, como pessoas? Ou taes medidas ferem de frente o "direito de personalidade", ou este direito não surgiu, por lhe faltar a condição principal. A ultima solução serve melhor á estructura logica e ao systema do direito civil.

---

(1) PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Berlin, 1913 (4. Aufl.), vol. I, pag. 9, n. 2; REHBEIN, *Das B.G.B.*, Berlin, 1889, vol. I, pag. 5, n. 2; LOEWENFELD, no *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München n. Berlin, 1912, vol. I, pag. 50.

(2) KUHLENBECK, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1903, vol. I, pags. 2, 3.

61. O nascituro. — Na *Consolidação* art. 1, Teixeira de Freitas considerava pessoa o nascituro: "As pessoas", dizia, "consideram-se como nascidas, apenas formadas no ventre materno; a lei lhes conserva seus direitos de successão para o tempo do nascimento". Assim, em vez de se ter, como favor da lei e como ficção, por nascido o que não nasceu, fixava-se na concepção o inicio da personalidade e *resguardavam-se* até o nascimento os direitos hereditarios. Tal o direito anterior ao Codigo Civil. No Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 3, insistia-se: "A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, com a condição de nascer com vida". Mas prevaleceu que a personalidade começa com o nascimento: a lei, *por excepção*, como que pára o andamento das coisas, afim de aguardar o nascimento. Pôs-se de lado a questão da vitalidade (1). Aliás, a doutrina anterior, com Teixeira de Freitas, que a afastava, pelo recúo do inicio da personalidade á data da concepção, e Ribas, que, praticamente, a reduzia ao nascimento com vida, não cogitavam da indagação de vitalidade. Mas o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, ao tratar de effeitos do casamento, dissera que retroagiam, "em relação aos filhos communs, á data do nascimento, se nascerem viaveis". Daí, talvez, generalizar-se o requisito na *Nova Consolidação* de Carlos de Carvalho, art. 74.

O B. G. B. não decidiu a questão da vitalidade (*Lebensfähigkeit*). O Codigo Civil brasileiro opta pelo nascimento com vida, indifferente á questão de ser vital ou não.

---

(1) No português, ha *viavel* e *vital*; uns empregam viavel, outros preferem a forma mais latina e inquinam de gallicismo ao outro. Foram pela ultima Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil*, 1ª edição, vol. I, pag. 36, Ribas, *Curso de Direito Civil*, vol. II, pag. 34, e Ruy Barbosa, *Parecer*, pags. 32-33, nota, e *Replica*, pags. 338-353.

62. Emancipação. — E' grave omissão do Codigo Civil brasileiro o § 4 1ª parte do B. G. B.: a jurisprudencia, contra opinião minha, admittiu, algumas vezes, o supplemento de idade (*Volljähigkeitserklärung*), sem o consentimento do menor. Porém é possivel que, mais esclarecida, attenda á exigencia disto. Outra lacuna é a que deriva de não haver disposição que corresponda ao § 5; e só interpretações absurdas têm admittido que a falta de tal regra signifique indifferença do juiz ao interesse do menor.

63. O termo da personalidade humana. — Só a morte extingue a personalidade humana. Não ha a morte civil (Constituição da Republica, art. 83). No Imperio, duvidava-se, deante do art. 157, n. 3, do Codigo Commercial, que dizia: "o mandato acaba com a morte natural ou *civil*". Em todo caso, presume-se a morte dos ausentes nos casos dos arts. 481, 482. A prova da morte é a do registo civil. E se houver desapparecido? A mesma lacuna existe, no Codigo, quanto ao nascimento e ao casamento. Quanto a estes, a lei fala em prova que supra a certidão do registo (arts. 180 I; 202 paragrapho unico). Que seria suprivel no caso de certidão de obito, fica resolvida pela analogia com esses (Introducção, art. 7).

Ao apparecer o Codigo Civil, o conselheiro Candido de Oliveira (1) sustentou que se adoptara a insupribilidade da certidão de obito. Mas atacamos tal opinião por absurda e vexatoria, e por desattender ao systema do Codigo quanto a casos analogos (idade, art. 180, I; casamento, art. 202 paragrapho unico). Restava saber qual a prova equivalente, a que

---

(1) *Manual do Codigo Civil*, vol. V, pag. 29.

se referia o art. 180 I. Respondemos (1) que se havia de recorrer ao Decreto n. 773, de 20 de setembro de 1890:

Art. 1. A prova de idade, exigida pelo art. 1 da Lei de 24 de janeiro de 1890, na falta ou impossibilidade da apresentação do registo civil ou certidão de baptismo, pode ser suprida por algum dos seguintes meios:

"1. Justificação, pelo depoimento de duas testemunhas, perante qualquer juiz civel, inclusive o de orphãos, o de casamentos e o juiz de paz.

"2. Titulo ou certidão com que se prove a nomeação, posse ou exercicio, em qualquer tempo, de cargo publico, para o qual se exija a maioridade, ou de matricula, qualificação ou assento official, de que conste a idade.

3. Attestado dos paes ou tutores, não havendo contestação.

"4. Qualquer documento que em direito commum seja aceito por valioso para substituir a certidão de idade.

"5. Attestado de qualquer autoridade que em razão do officio tenha perfeito conhecimento da pessoa, não estando esta sob poder ou administração de outra.

"6. Exame de peritos nomeados pelo juiz competente para conhecer da capacidade dos pretendentes".

Quanto á certidão de obito, dever-se-á attender (dissemos, quando appareceu o Codigo Civil) ao Aviso do Ministerio da Justiça, de 14 de janeiro de 1891: pode ser suprida por justificação, como acontece com a certidão de idade. Outro argumento, buscaramos ao art. 143 do proprio Codigo.

Regulou-se, depois, o Registo Civil; no lugar devido falaremos disto.

---

(1) PONTES DE MIRANDA, *Direito de Familia*, pags. 57-59.

63 A. Mortes simultaneas e no mesmo accidente. — O art. 11 — sobre a presumpção de morrerem simultaneamente os que falleceram no mesmo desastre ou na mesma occasião, sem se poder assegurar qual dos commorientes precedeu aos outros — provém do *Esboço* de Teixeira de Freitas, artigo 243 (cp. B. G. B. § 20): "Se duas ou mais pessoas", dizia o *Esboço,* "tiverem fallecido em desastre commum, ou em qualquer outra circumstancia, de modo que não se possa saber qual dellas falleceu primeiro, dever-se-á presumir que falleceram todas ao mesmo tempo, sem que se possa allegar transmissão de direitos". Afastou-se, pois, do direito anterior e do Code Civil, arts. 720-722, que se haviam inspirado no direito romano.

64. Incapacidade. — No systema do Codigo Civil ha incapacidade *absoluta* (art. 5) e incapacidade *relativa* (art. 6): daquella surgirão actos *nullos* (art. 145 I) e desta *annullaveis* (art. 147 I). Os que são absolutamente incapazes devem ser *representados,* os relativamente incapazes *assistidos* (art. 184), isto é, figuram nos actos conjuntamente com os tutores ou curadores. Já têm, então, faculdade de resolver em assumptos seus: sem a sua assignatura ou presença, falta o agente, porque o tutor ou curador *assiste* ao incapaz, não o *representa* (art. 7, 384 V, 426 I, 459). Aos absolutamente incapazes nenhuma intervenção se permitte (arts. 7, 384 V, 426 I, 453). Os selvicolas são considerados relativamente incapazes (art. 6 paragrapho unico).

65. Incapacidade nos direitos brasileiro e alemão. — A incapacidade do art. 5 é absoluta, corresponde á *Handlungsunfähigkeit* da theoria do direito commum alemão, expressão hoje desconhecida no B. G. B.: assim, se o menor,

que pratica o acto illicito, não completou dezeseis annos, responsavel será o pae ou quem tiver o menor em sua companhia (interpretação vulgarmente aceita, atacada por mim); se tiver dezeseis annos ou mais, a responsabilidade do pae será solidaria com a sua (art. 1.521, I). Os loucos, no direito brasileiro, são absolutamente irresponsaveis, *handlungsunfähig*, e — salvo limitação judicial (art. 451) — tambem os surdos-mudos que não se podem exprimir. Praticamente, são elles iguaes aos loucos.

As pessoas mencionadas no art. 6 são relativamente incapazes e esta expressão technica do Codigo corresponde aos *beschränkte Geschäftsunfähige* do direito commum alemão. O art. 451 permitte suppor que eventualmente podem ser relativamente incapazes os surdos-mudos.

Não existem no Codigo dispositivos que correspondam aos §§ 827-829 do B. G. B. (*Deliktsfähigkeit*), onde, por exemplo, o menor só é irresponsavel pelo acto illicito antes dos sete annos; depois, tratar-se-á de questão de facto, como a respeito dos surdos-mudos. A interpretação corrente (v. g., Clovis Bevilaqua, nota ao art. 1.521), postulando, incondicionalmente, a não responsabilidade dos menores de dezeseis annos, faz a lei contraria á realidade da vida, á psychologia dos homens nas immediações dos 14-16. Um Codigo que permitte o supplemento de idade aos 18, não é coherente em considerar incapazes de delicto civil os de quatorze aos dezeseis annos. A melhor solução seria construcção scientifica livre (1).

66. A capacidade delictual. — No art. 156, reconhece-se a *Deliktsfähigkeit* dos maiores de dezeseis— e é a unica

(1) PONTES DE MIRANDA, *Das Obrigações por Actos Illicitos*, pags. 183-194, 535.

regra sobre o assumpto da responsabilidade por acto illicito. Seria util preencher a lacuna da lei com outra norma, que correspondesse, por exemplo, ao B. G. B., § 828 1ª alinea.

67. Menor e enriquecimento indevido. — No systema do Codigo, ainda que absolutamente incapaz o menor (*handlungsunfähig, deliktsunfähig*), se do acto lhe resultou proveito, poderá rehaver o prejudicado o que perdeu, pela acção fundada no enriquecimento indevido.

Mas isto não basta para os casos do menor que não tinha discernimento, se não houve *in rem versio* e se não tiver pae que responda, como acontecerá no caso de menor rico e pae pobre.

68. A mulher casada. — No art. 6 II, afeia-se o systema do Codigo com a inclusão da mulher casada entre os incapazes. As restricções que soffrem, na sua actividade juridica, as mulheres casadas (art. 242), tambem as soffrem os homens casados (art. 235). E as que excedem resultam da direcção da sociedade conjugal (art. 233). Certamente, poderia a lei melhorar a situação da mulher; porém o que se dispôs no Codigo não justifica o art. 6 II. Tanto assim que poderá exercer a direcção da sociedade conjugal (art. 251).

69. Restitutio in integrum. — No direito anterior, havia, a favor dos menores e interdictos, a *in integrum restitutio;* extinguiu-a o Codigo (art. 8).

70. Maioridade. — A maioridade é aos vinte e um annos; o art. 9 paragrapho unico trata do *supplemento de idade,* usando, no art. 12 III, do termo "emancipação", que se prestou a interpretações infelizes.

71. Registo Publico. — Serão escriptos no registo publico: I. Os nascimentos, casamentos e obitos. II. A "emancipação" por outorga do pae ou mãe, ou por sentença do juiz. III. A interdicção dos loucos, dos surdos-mudos e dos prodigos. IV. A sentença declaratoria da ausencia (art. 12). No direito anterior, o pae emancipava, mas, para os effeitos da declaração de maioridade, tinha de ser homologada pelo juiz, por serem publicos os effeitos da *venia aetatis*. A praxe posterior ao Codigo abandonou esta pratica multisecular, fundada em leis, pela tendencia exageradamente patriarcal, romanica, dos velhos juizes, os mesmos de que, apesar da lei expressa, só a golpes de longas sentenças, com amplos e minuciosos fundamentos, se conseguiu a verdadeira interpretação do art. 394 (B. G. B., §§ 1.666, 1.667).

PESSOAS JURIDICAS

72. Divisão das pessoas juridicas. — As pessoas juridicas são de direito publico, interno e externo, e de direito privado (art. 13). São de direito publico interno: I. A União II. Cada um dos Estados e o Districto Federal. III. Cada um dos Municipios legalmente constituidos (art. 16). As de direito publico externo são as nações reconhecidas internacionalmente; mas ha, tambem, pessoas de direito publico interno dos outros paises, e podem contrair emprestimos ou ter negocios com brasileiros ou no Brasil. Quaesquer dellas são civilmente responsaveis por actos de seus representantes que nessa qualidade causem damnos a terceiros, procedendo de modo contrario ao direito ou faltando a dever prescripto por lei, resalvado o direito regressivo contra os causadores de damnos (art. 15). São pessoas juridicas de direito privado: I. As sociedades ci-

vis, religiosas, pias, moraes, scientificas ou literarias, as associações de utilidade publica e as fundações. II. As sociedades mercantis (art. 16). As mencionadas no n. I só se poderão constituir por escripto, lançado no registo geral (art. 20 § 2°), e reger-se-ão pelo disposto a seu respeito no Codigo, Parte Especial (art. 16 § 1°). Antes de registadas, não têm personalidade e valem como contracto: ha na lei artigos applicaveis durante este tempo intercalar entre o contracto e a personificação. E o art. 1.366 suppõe a existencia de sociedades irregularmente formadas. As que, por falta de autorização, quando esta fôr precisa, ou de registo, se não reputarem pessoas juridicas, não poderão accionar os seus membros, nem a terceiros; mas estes poderão responsabilizá-las por todos os seus actos (artigo 20 § 2°). As sociedades mercantis continuarão a reger-se pelas leis commerciaes (art. 16 § 2°): I, Codigo Commercial, artigos 287-353; II, actos legislativos consolidados pelo Decreto n. 437, de 4 de junho de 1891; III, Lei n. 1.637, de 5 de janeiro de 1907; IV, Decreto n. 3.708, de 10 de janeiro de 1919. As pessoas juridicas serão representadas, activa e passivamente, nos actos judiciaes e extra-judiciaes, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não o designando, pelos seus directores (art. 17). Sobre o registo providenciaram os artigos 18, 19.

As pessoas juridicas têm existencia distincta da dos seus membros (art. 20). Não se poderão constituir, sem prévia autorização, as sociedades, as agencias ou os estabelecimentos de seguros, montepio e caixas economicas, salvo as cooperativas e os syndicatos profissionaes e agricolas, legalmente organizados.

Se tiverem de funccionar no Districto Federal, ou em mais de um Estado, ou em territorios não constituidos em Estados, a autorização será do Governo Federal; se em um só Estado, do Governo deste (§ 1°). O art. 21 cogita da determinação de existencia da pessoa juridica (cp. art. 1.399). Se os estatutos da associação de intuitos não economicos não dispuserem sobre o destino ulterior dos seus bens, e não tendo os socios adoptado, a tal respeito, deliberação efficaz, devolver-se-á o patrimonio social a um estabelecimento municipal, estadual ou federal, de fins identicos, ou semelhantes (art. 22). Se não o houver, será devolvido ao patrimonio do Estado, do Districto Federal ou da União, conforme a séde (paragrapho unico). Se de fins economicos, o patrimonio social partir-se-á entre os socios ou seus herdeiros (art. 23; Codigo Commercial, arts. 344-353).

73. **Fundações**. — Quanto ás fundações, a lei brasileira é fruto da doutrina, e sómente o art. 29 provém do *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*, art. 45. Coelho Rodrigues formulou dispositivos que são sem correspondentes nos Codigos, ou, parecidos, differem, ás vezes com vantagem, do B. G. B. e do Codigo Civil suiço. A simples leitura dos arts. 24-30 mostra a simplicidade e a inteireza da construcção no Codigo Civil.

No Codigo Civil suiço, art. 83 3ª alinea, declara-se: "Können diese nicht zweckdienlich getroffen werden, so hat die Aufsichtsbehörde das Vermögen, sofern der Stifter keinen Einspruch erhebt oder nicht eine Bestimmung der Stiftungsurkunde ausdrücklich entgegensteht, einer andern Stiftung mit möglichst gleichartigem Zwecke zuzuwenden". A solução brasi-

leira é melhor: attende mais á vontade do instituidor e faz do Estado o fiduciario, sem excluir, no caso de impossibilidade de organização ou realização do fim fundacional, a applicação do art. 30.

O acto fundacional, *Stiftungsgeschäft*, e a instituição das funcções não dependem de autorização do Governo: a lei brasileira adoptou amplo principio de liberdade (cp. B. G. B., § 80). A vigilancia virá com os estatutos, já no periodo da organização (art. 27) e se extenderá, através da vida da fundação (arts. 26, 28), até a extincção, que tambem pode ser promovida pelo Ministerio Publico (art. 30).

TITULO II

DOMICILIO CIVIL

74. Domicilio. — Definiu-se domicilio civil da pessoa o lugar onde ella estabelece a sua residencia com animo definitivo (art. 31). "Animo definitivo" vale dizer: vontade, proposito, intenção de permanecer, de fixar residencia definitiva. Definitivo corresponde ao *ständig* do B. G. B., § 7. O domicilio pode ao mesmo tempo ser em differentes lugares. Não se aceitou o principio da exclusividade do domicilio, a que logicamente e em preceitos inexceptuaveis, mais claros do que a pratica ingleza e franceza, chegou o Codigo Civil suiço, art. 23 2ª alinea.

75. Pluralidade de residencias. — E se houver mais de uma residencia? Comparemos com o B. G. B. e o Codigo Civil suiço o art. 32 do brasileiro:

B. G. B. § 7: *Wer sich an einem Orte ständig niederlässt, begründet an diesem Orte seinen Wohnsitz.*

Der Wohnsitz kann gleichzeitig an mehreren Orten bestehen.

Der Wohnsitz wird aufgehoben, wenn die Niederlassung mit dem Willen aufgehoben wird, sie aufzugeben".

Domicilio é o lugar onde com intenção de permanencia e estabilidade alguem se instala. Daí poder a mesma pessoa ter muitos domicilios. Ou não ter nenhum. O Einführungsgesetz, Art. 29, não previu como se resolveria a especie de se ter de applicar, neste caso, a lei nacional da pessoa.

Codigo Civil, art. 32: "*Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residencias, onde, alternadamente, viva, ou varios centros de occupações habituaes, considerar-se-á domicilio seu qualquer destes ou daquellas*".

Um dos principaes effeitos do art. 32 é difficultar a interpretação do art. 9 da Introducção, nos casos de multiplicidade de domicilio e residencia Adopta-se a multiplicidade possivel de domicilio. Nas relações do direito internacional privado, dá-se ao domicilio decidir da lei se ha mais de uma ou nenhuma nacionalidade.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch, art. 23: "*Der Wohnsitz einer Person befindet sich an dem Orte, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält.*

Niemand kann an mehreren Orten zugleich seinen Wohnsitz haben.

Die geschäftliche Niederlassung wird von dieser Bestimmung nicht betroffen".

Adopta-se a unidade do domicilio. Este é que decide das leis nas relações internacionaes. No caso de não se poder estabelecer a nacionalidade ou o domicilio, regerá taes pessoas a lei suiça.

76. Residencias incertas. — Ter-se-á por domicilio da pessoa natural, que não tenha residencia habitual (art. 32), ou empregue a vida em viagens, sem ponto central de negocios, o lugar onde foi encontrada (art. 33, Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908, art. 7 2ª parte, Lei de 3 de dezembro de 1841, art. 37). Completou-se, assim, o conceito: o verdadeiro domicilio, *residencia definitiva* (art. 31), o domicilio multiplo, *residencia alternada* ou *centros de occupações habituaes* (art. 32), o domicilio ficticio dos que não têm residencia habitual, que vivam em viagens, sem ponto central de negocios, sem pousada certa (art. 33). O art. 34, oriundo do direito anterior, corresponde ao B. G. B. § 7 3ª alinea, e é melhor redigido que o Codigo Civil suiço, art. 24. Pode, porém, acontecer que não se mude o domicilio: *a*) que um se acabe e outro não comece; *b*) que se crie outro, sem que o primeiro se acabe. Por isto, em vez do conceito de mudança de domicilio, que é o da lei brasi-

leira, e o da ficção da continuidade do precedente domicilio (Codigo Civil suiço, art. 24), o do B. G. B. § 7 3ª alinea, que só cogita da terminação, parece mais perfeito, mas estes tres aspectos merecem e devem ser considerados em futuros Codigos. No paragrapho unico accrescenta o art. 34 do Codigo: "A prova da intenção resultará do que declarar a pessoa mudada ás municipalidades dos lugares, que deixa, e para onde vae, ou, se taes declarações não fizer, da propria mudança, com as circumstancias que a acompanharem".

77. **Outras regras.** — O art. 35 dispôs quanto ao domicilio das pessoas juridicas de direito publico e de direito privado. Outras regras foram incluidas: arts. 36 (incapazes, mulher casada), 37 (funccionarios publicos), 38 (militar, soldados da armada), 39 (officiaes e tripulantes da marinha mercante), 40 (preso ou desterrado), 41 (embaixador, ministro ou agente diplomatico do Brasil). Cumpre advertir que o militar reformado pode escolher o domicilio que entender (Lei n. 2.290, de 13 de dezembro de 1910, art. 15).

Mas attenda-se a que, nos casos dos arts. 37-40, é possivel a declaração do funccionario publico, do militar, do marinheiro, dos officiaes e tripulantes da marinha mercante, do preso ou desterrado, quanto ao seu domicilio: a presumpção cede deante da regra do art. 31. Na Camara dos Deputados, foi a redacção final que eliminou a parte que expressamente dizia isto e fê-lo com o intuito de deixar applicavel o art. 31 (*Trabalhos,* vol. VII, pags. 8, 9, arts. 42, 45; vol. VIII, pags. 50-51, arts. 41, 43). Nos contractos escriptos, poderão os contraentes especificar domicilio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações delles resultantes (art. 42).

LIVRO II

BENS

78. Coisas e bens. — Em Titulo unico — "das differentes classes de bens" — trata dos bens considerados em si mesmos (arts. 43-57), dos considerados entre si, com a incorrecta denominação de "reciprocamente considerados" (arts. 58-64), dos publicos e particulares (arts. 65-68), das coisas que estão fóra do commercio (art. 69), por não serem susceptiveis de apropriação ou legalmente inalienaveis (muito differente do usual nos livros de direito romano e europeus), e do bem de familia, *homestead,* adoptado pelo Senado Federal.

Neste titulo é indiscutivel a vantagem do Codigo Civil brasileiro em relação aos outros: é o resultado da elaboração doutrinaria, dos Projectos anteriores, desde Teixeira de Freitas, apanhado, com habilidade de professor universitario, por Clovis Bevilaqua, retocado pela Commissão revisora e pelo Congresso. Em todo o systema respeitará, com precisão, as regras classificativas que adoptou (cp. Introducção, arts. 10, 13, 20, Codigo Civil, arts. 70, 134, 235, 242, 251, 290, 291, 293, 386, 429, 433 II, 472, 474, 475, 498, 530 e seguintes, 675, 676, 768, 776, 1.200 e seguintes).

No art. 43 declara quaes são os immoveis e no art. 44 quaes os bens que, para os effeitos legaes, se consideram immoveis: os direitos reaes sobre immoveis, inclusive o penhor agricola, e as acções, que os asseguram; as apolices da divida publica oneradas com a clausula de inalienabilidade; o direito á succestão aberta. O direito á herança futura não é susceptivel de contracto (1.689); mas, morta a pessoa, o direito nasce e, então, é reputado bem immovel: as consequencias praticas são assaz importantes.

Os bens a que se refere o art. 43 III — isto é, tudo quanto no immovel o proprietario mantivér intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento, ou commodidade — pode ser, em qualquer tempo, mobilizado (artigo 45, *Esboço* de Teixeira de Freitas art. 408). Mas a separação provisoria não lhes faz perder o caracter de immoveis (art. 46, *Esboço* de Teixeira de Freitas art. 399 ultima parte, fonte: direito romano; Codigo Civil chileno art. 5.731, argentino, art. 2.319, B. G. B. § 97 2ª alinea 2ª parte).

Depois de definir os bens moveis (art. 47), o Codigo diz quaes os direitos que, para os effeitos legaes, tambem se consideram bens moveis (art. 48): os direitos reaes sobre objectos moveis e as acções correspondentes; os direitos de obrigação e as acções correspondentes; os direitos de autor. No direito anterior, constituiam terceira classe, — a dos bens incorporeos (Lei de 20 de junho de 1774, § § 17, 27). Antes de transcriptos no registo de immoveis, os direitos sobre immoveis não são reaes; reputam-se, pois, bens moveis, e bem assim as acções, que lhes correspondem (Teixeira de Freitas art. 393 2º). Para o Codigo Civil, o direito de autor é direito real, como quer a doutrina dos codigos sul-americanos (Chile, Mexico, Venezuela) e da peninsula iberica. O art. 49 é de origem romana. Os arts. 50, 51, correspondem ao B. G. B. §§ 91, 92, e provêm de noções da doutrina romana, com o disposto no final do § 92. E' a *fiktive Verbrauchbarkeit,* de grande importancia na evolução do conceito de coisa. Adoptou-a o Codigo Civil brasileiro art. 51, se bem que não haja nelle a alinea 2ª do § 92.

Apparece a classificação das coisas em *divisiveis* e *indivisiveis,* em *singulares* e *collectivas* (cp. Codigo Civil austriaco § 302). Os arts. 55, 57, são a doutrina anterior, de origem ro-

mana; o art. 56, provindo da glossa, tem certo interesse pratico (art. 293 paragrapho unico, art. 762 IV, etc.), mas poderá levar a algumas consequencias imprudentes: pelo menos, falta-lhe a construcção juridica completa e os escriptores brasileiros não têm dado ao assumpto a devida attenção.

De origem romana, o art. 57 considera o patrimonio e a herança como coisas universaes e accrescenta que isto se dá ainda quando só constem de direito de obrigação. Esta theoria, que se liga a outros preceitos do Codigo (arts. 1.089, 1.574, 1.796, 1.800), e serve de base á acção de *in rem verso* (que vive no Codigo sem artigo que o diga) e explica a regra do artigo 56, — soffre, no proprio Codigo, attenuações importantes: nos casos dos arts. 473, 483, 1.586, 1.587; no direito commercial, quando o commerciante, declarado em fallencia por tribunal estrangeiro, possue bens hypothecados no Brasil, ou tem contra si acção em juizo, de que resulte ou deva resultar penhora em bens sitos no Brasil, ou é dono de estabelecimento, que exista no Brasil, distincto e separado (Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908, arts. 161, 162).

Quanto aos bens considerados entre si, a fonte principal foi o *Esboço* de Teixeira de Freitas, que bebeu no direito romano, ou elaborou, por si, as regras. As minas (1) são acces-

(1) A lei possue definição legal, um tanto arbitraria, de mina: massas mineraes ou fosseis, existentes no interior ou na superficie da terra, e que constituem jazidas naturaes das seguintes substancias: ouro, prata, platina, mercurio, cobre, chumbo, zinco, cobalto, nickel, bismutho, manganês, molybdenio, antimonio, arsenico, estanho, glucinio e outros metaes raros, hulha, graphite, anthracito, lignitos, oleos mineraes, enxofre, diamantes e pedras preciosas (art. 1). Não se consideram minas: *a*) as jazidas de ferro, sal, salitre ou terras salitrosas, materiaes de construcção, crystal, amianto, kaolin, ocres, mica, turfa, adubos e substancias congeneres, bem como as fontes mineraes; *b*) as areias metalliferas ou gemmiferas no leito dos rios ou nas alluviões superficiaes, quando o seu aproveitamento fôr feito em estabelecimentos volantes ou por apparelhos rudimentares e installações passageiras, por uma ou duas pessoas, com autorização do dono dos depositos; *c*) as jazidas de qualquer

sorios do solo (art. 64), mas podem ser alienadas separadamente (Lei n. 2.933, de 6 de janeiro de 1915, art. 2).

79. **Bens publicos.** — Definiram-se os bens publicos (art. 65) e no art. 66 dividiram-se em tres classes: os de uso commum do povo (mares, rios, estradas, ruas, praças); os de uso especial (edificios ou terrenos applicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual, ou municipal); os dominicaes, que constituem o patrimonio da União, dos Estados e dos Municipios, como objecto de direito pessoal ou real de cada uma dessas pessoas juridicas de direito publico interno. Ainda que atacada pelos escriptores e por Bevilaqua, a Camara dos Deputados adoptou, no art. 67, a inalienabilidade geral dos bens publicos. No Code Civil, art. 537, declara-se: "Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières". No Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 81, eram *inalienaveis* os de uso commum (art. 66, I); o Projecto revisto, art. 81, incluiu na regra esses bens e os de uso especial (art. 66, II) e o Projecto da Camara dos Deputados, art. 70, fez inalienaveis todos os bens publicos. Essa generalização progressiva da regra de inalienabilidade é de gran-

---

natureza lavradas a céo aberto, que se reputam simples pedreiras (Lei de 9 de janeiro de 1915; art. 1º §§ 1, 2).

Consideram-se tambem accessorios todas as bemfeitorias, qualquer que seja o seu valor; excepto (cp. B. G. B. § 950, ultima parte): a pintura em relação á tela; a esculptura em relação á materia prima; a esculptura ou qualquer trabalho graphico, em relação á materia prima que o recebe (art. 62, cp. 614). Com fundamento no direito romano definiram-se as bemfeitorias voluptuarias; uteis e necessarias (art. 63 paragraphos 1º, 3º). Do Codigo Civil português, art. 503, recebeu-se a regra do art. 64, que coincide com o disposto no art. 904, 5º, do *Esboço* de Teixeira de Freitas, onde já se dizia: "Se a coisa tiver melhoramento, ou augmento, sem despesa por parte do devedor restituinte, ou sem trabalho seu, *ou de outrem por elle*, será restituida a seu dono com esse melhoramento ou augmento, e não poderá o devedor exigir qualquer indemnização".

de importancia pratica: todos os bens publicos ficarão isentos de usucapião; alienados contra a lei, é absolutamente nulla a alienação. O art. 68 trata do uso commum dos bens publicos, que pode ser gratuito, como ordinariamente é, ou retribuido.

Nos arts. 70-73 regulou-se, mal, o "bem da familia".

LIVRO III

DOS FACTOS JURIDICOS

No Livro III a construcção é singela, mas elegante. A inspiração de Teixeira de Freitas, a sabedoria didactica de Bevilaqua e os melhoramentos devidos á technica da Commissão revisora, assaz contribuiram para esta centena de artigos que dizem o essencial, sem grandes lacunas e com certa precisão. Alguns retoques poderiam facilmente torná-la ainda mais limpida e correcta.

80. O systema do Codigo Civil. — No *Esboço*, já Teixeira de Freitas abria nos factos em geral, como criadores de relações componentes do mundo juridico, os *factos juridicos*, que haviam de comprehender os *actos juridicos*, e os *actos não juridicos*, que são os actos *illicitos* e os *licitos*. Este pensamento domina a technica dos escriptores brasileiros e das leis, desde 1861. As relações sociaes são economicas, religiosas, moraes, politicas, artisticas, cognoscitivas, juridicas: um Codigo é escisão no mundo dos factos sociaes, que, por sua vez, tratados de per si, constituem divisão dos factos cosmicos. Não teria, pois, de tratar dos factos sociaes em geral, mas só do que apartou na realidade social, — as relações juridicas, os phenomenos de adaptação pelo Direito. São os factos juridicos, que compre-

hendem os factos que geram direitos e os actos *licitos* e *illicitos* (incluindo, nestes, o exercicio irregular dos direitos). Os *licitos* dividem-se em *actos juridicos* e actos licitos que immediatamente não geram, nem modificam, nem extinguem relações juridicas. Por isto, no art. 81, define-se acto juridico o acto licito, que tem por fim immediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. O Codigo suppõe as seguintes distribuições:

FACTOS JURIDICOS

Em Regelsberger, por exemplo, os "actos juridicos" (juristische Handlung) comprehendem os *Rechtsgeschäfte* e as *unerlaubte Handlungen*. No Codigo, não; falta o termo para a comprehensão das duas classes (actos licitos, actos illicitos) e a expressão "actos juridicos" corresponde a "Rechtsgeschäfte", conforme se tira do art. 81. A expressão "Factos juridicos" abrange tudo que de acontecido ou por acontecer interessa ás relações juridicas, desde os *Rechtsgeschäfte* (actos juridicos) e das *unerlaubte Handlungen* (actos illicitos) até á prescripção e os phenomenos materiaes de perecimento das coisas (arts. 77, 78). Os factos involuntarios podem ter este effeito, — os dos arts. 536, 558, 589 IV, 591, os do art. 1.529 (responsabilidade objectiva), etc.

Nos seus differentes livros, o Codigo mantém, com certa precisão e coherencia, a terminologia que adoptou, mas pode ella, traduzida, literalmente, para o alemão, o inglês ou o francês, constituir serio embaraço.

81. **Direitos adquiridos e futuros**. — O art. 74, novo em codigos, é de grande interesse theorico e pratico. Distingue direitos actuaes ou completamente adquiridos e os direitos futuros, de modo que não se poderia dizer *Jedes Recht ist ein erworbenes*. Na Introducção, o art. 3 § 1º definiu os direitos adquiridos. Cotejando-se as duas definições, temos que existem: A) direitos adquiridos: *a*) os *actuaes* ou completamente adquiridos (art. 74 III); *b*) os *eventuaes*, se não pendentes de condição suspensiva (art. 117); *c*) aquelles cujo exercicio tenha termo prefixo (arts. 74 III, 123); B) direitos futuros: deferidos, quando a sua acquisição pende, sómente, do arbitrio do sujeito; não deferidos, quando se subordina a factos ou condições falliveis, como se dá com a condição suspensiva (sub-classe de direitos eventuaes). Evidentemente, — se bem que não haja, rigorosamente, direito, no caso de condição suspensiva, — quis a lei proteger, não com a definição do art. 3 § 1º da Introducção, que o exclue, mas sim com a regra do art. 121, o que ella chamou *direito eventual*. As noções, porém, não deixam de ser um tanto vagas, e os arts. 3 § 1º da Introducção, 74, 121 do Codigo têm provocado sérias discussões nos tribunaes.

82. **Direitos e acções**. — No art. 75, torna-se certo que todo direito tem uma acção que o protege; e no art. 76, declara-se que, para o exercicio da acção, basta que exista interesse *economico* ou *moral*, mas este só autoriza a acção quando toque directamente ao autor ou á sua familia (cp. Codigo

do Processo Civil italiano, art. 175). Essa protecção ao interesse moral traduz, muito bem, o Staatsethos, a preoccupação moral do direito brasileiro, quando começou a se libertar do direito mais politico, organizador, de Portugal dos Seculos XII-XVII. São autorizadas todas as acções que possam moralmente interessar á honra, á liberdade, á profissão, ás idéas e convicções do individuo, ou de pessoa da sua familia. Uma das consequencias do art. 76 é a indemnizabilidade do damno moral. Outra, a da intervenção dos parentes para que se appliquem os arts. 391 IV, 394, 1.547, 1.548, 1.550-1.552.

83. **Perecimento do objecto.** — Os arts. 77-80 tratam do perecimento do objecto; provêm do Projecto de Coelho Rodrigues, arts. 210-213. Outros modos de extincção dos direitos são a renuncia, a alienação, a decadencia ou destituição (artigos 395, 234, 248 V 1ª parte, 251 I, II, 1.183), prescripção, extincção de prazo; mas o Codigo entendeu que não os devia pôr nas disposições preliminares (factos juridicos), e sim nos actos juridicos (renuncia, alienação, art. 81; condição resolutiva, art. 119), em titulo especial (prescripção, arts. 161-179), ou espalhados pela lei.

TITULO I

ACTOS JURIDICOS (Rechtsgeschäfte)

84. **Acto juridico.** — O acto juridico é divisão dos actos licitos: é o acto licito que tem por fim immediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos (artigo 81). A definição, provinda de Coelho Rodrigues, art. 145, foi inspirada pelo *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 437,

onde se define antes o *acto licito*, uma de cujas classes é o *acto juridico*, e o *facto voluntario*, conceito ainda mais largo, que corresponde á *juristische Handlung* da terminologia alemã:

"Art. 435. Os "factos voluntarios" (juristische Handlungen), ou são actos licitos, ou illicitos. São actos licitos as acções voluntarias não prohibidas por lei, de que possa resultar alguma acquisição, modificação ou extincção de direitos".

"Art. 436. Quando os actos licitos *não tiverem por fim immediato* alguma acquisição, modificação, ou extincção de direitos, sómente produzirão este effeito nos casos, que neste Codigo, e nos do Commercio e do Processo, forem expressamente declarados". Exemplos: arts. 603-604, 607, 1.341. "Como estes actos não têm por *fim immediato*", dizia, em nota ao artigo 436, Teixeira de Freitas, "criar, alterar, ou extinguir direitos, eis o motivo de não poderem produzir tal effeito senão nos casos que forem designados. Os *actos juridicos* são declarações de vontade, têm *por fim immediato* criar, modificar, ou extinguir direitos, porque neste sentido se exprime a vontade do agente".

No Codigo Civil argentino, seguiu-se a Teixeira de Freitas e isto lhe valeu, naquelle tempo, indiscutivel vantagem quanto aos outros Codigos. No Codigo Civil brasileiro a distribuição do *Esboço* é intrinseca ao systema seguido. O art. 81 suppõe o conhecimento dos arts. 434, 435, do *Esboço*: e tão arraigadas estão na doutrina juridica nacional, que tal lacuna do Codigo facilmente se justifica.

85. Validade dos actos juridicos. — Ainda inspirado no *Esboço*, art. 501, redigiu-se o art. 82 sobre validade dos actos juridicos: capacidade (Geschäftsfähigkeit, B. G. B., §§ 104, 105); objecto licito; e forma estabelecida por

lei ou não prohibida (arts. 129, 130, 145). Os "absolutamente incapazes" (art. 5) têm de ser representados: correspondem aos *Geschäftsunfähige* do B. G. B., § 104, e são, alguns, *handlungsunfähig*. Os "relativamente incapazes", assistidos; corresponde á *beschränkte Geschäftsunfähigkeit* (B. G. B., paragrapho 106). Conforme já dissemos, em relação á idade, em vez dos sete annos do B. G. B., exageradamente pouco, adoptou o Codigo 16 annos, exageradamente muito, pois, no direito brasileiro, não ha artigo especial sobre a *Deliktsunfähigkeit*. Para a *beschränkte Geschäftsunfähigkeit*, a idade da lei brasileira é preferivel.

A incapacidade de uma das partes não pode ser invocada pela outra, em proveito proprio, salvo se fôr indivisivel o objecto do direito ou da obrigação commum (art. 83; Projecto de Coelho Rodrigues, art. 314). Só o representante ou o ex-incapaz poderá invocar. Quanto aos "relativamente incapazes" rege o art. 155.

O art. 85, oriundo da doutrina vigente, corresponde ao B. G. B., § 133.

86. Interpretação dos actos juridicos. — Quanto á interpretação dos actos juridicos é parco o Codigo Civil. Aos contractos sómente dedica as regras dos arts. 85, 1.000, e algumas particulares, como a do art. 1.027 1ª parte. Cp. B. G. B. §§ 133, 157, Lei suiça de 1911, art. 18. O Code Civil, arts. 1.156-1.164, o italiano, arts. 1.131-1.139, o português, art. 684, 685, extendem-se em varias regras. Tambem o Codigo Commercial brasileiro contém algumas, arts. 130, 131:

"As palavras dos contractos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e o uso recebido no commercio, e pelo mesmo modo e sentido por que os

negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa (art. 130). Sendo necessario interpretar as clausulas do contracto, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada pelas seguintes bases: 1.° A intelligencia simples e adequada que fôr mais conforme á boa fé e ao verdadeiro espirito e natureza do contracto deverá sempre prevalecer á rigorosa e restricta significação das palavras. 2°. As clausulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admittido, e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambiguas. 3°. O facto dos contraentes posterior ao contracto, que tiver relação com o objecto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no acto da celebração do mesmo contracto. 4°. O uso e pratica geralmente observados no commercio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contracto deva ter execução, prevalecerão a qualquer intelligencia em contrario que se pretenda dar ás palavras. 5°. Nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor". São regras romanas.

Das que se usam, a fundamental é a do art. 85; tudo o mais, a ella, directa ou indirectamente, volta. Andam bem as leis que as evitam e deixam á doutrina a invocação de taes preceitos de interpretação dos actos juridicos.

87. **Defeitos dos actos juridicos**. — Em capitulo especial, dividido em secções (erro e ignorancia; dolo; coacção; simulação; fraude contra credores), tratou o Codigo dos defeitos dos actos juridicos. A simples leitura mostra o systema e é de notar que taes defeitos não tornam *nullos* mas apenas *annullaveis* os actos juridicos. A fonte principal é o *Esboço* de

Teixeira de Freitas (Codigo Civil, arts. 93-97, 102, 104, 105, 113, 114); depois, o Code Civil, art. 1.110, 1.112 *in fine*, 1.382, 1.111 (Codigo Civil, arts. 88, 99-101), o português, arts. 1.034, 1.041, 1.039, 1.042 (Codigo Civil, arts. 107, 108, 110, 111), o I Projecto alemão, § 101 (Codigo Civil, art. 89), o Projecto de Felicio dos Santos, art. 230 (Codigo Civil, artigo 91), o de Coelho Rodrigues, arts. 346 § 1º, 276, 277 (Codigo Civil, arts. 112, 115, 116 1ª parte), o de Bevilaqua, artigo 124 2ª parte (Codigo Civil, art. 124 2ª parte), o Codigo Civil chileno, arts. 1.433, 1.454 (Codigo Civil, art. 87), a doutrina e o direito anterior para os restantes artigos.

Seguem a doutrina romana: os Codigos Civis — português, art. 683, 1.743; espanhol, art. 792, 1.116 1ª parte; mexicano 1.354, 3.251; peruano, 704, 1.279 ns. 1 e 2.

São consideradas não escriptas as condições impossiveis e as immoraes, nas doações e testamentos, e *annullam* os contractos: Code Civil, arts. 900, 1.172; italiano, artigos 849, 1.160. Mas as de não fazer coisa impossivel não tornam nulla a obrigação (Code Civil, art. 1.173; italiano, art. 1.161).

Codigo Civil, art. 116: "*As condições physicamente impossiveis, bem como as de não fazer coisa impossivel, têm-se por inexistentes. As juridicamente impossiveis invalidam os actos a ella subordinados*".

São não-existentes — isto é, como se não estivessem escriptas — condições como as seguintes: parar o sol, deixar de haver noite. Se em parte for possivel, attender-se-á nesta parte.

Invalidam o acto, por exemplo: a condição de contrair casamento com mulher já casada ou de instituir herdeiro a alguem (art. 1.089).

Codigo Civil argentino, art. 530: "La condición de una cosa imposible, contraria á las buenas costumbres, ó prohibida por las leys, deja sin efecto la obligación".

Art. 532: "La condición de no hacer una cosa imposible no perjudica la validez de la obligación".

C. C. uruguayo, art. 1.408, 1.411.

88. **Condições.** — No art. 114, definiu-se a condição, dividiram-se em licitas e illicitas (art. 115), possiveis, physicamente impossiveis, juridicamente impossiveis (art. 116), suspensivas e resolutivas (arts. 118, 119), verificadas ou realizadas, e inverificadas (art. 120). Não se considera condição a clausula, que não derive, exclusivamente, da vontade das par-

tes, mas decorra, necessariamente, da natureza do direito, a que accede (art. 117). No caso de condição suspensiva, emquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ella se refere (art. 118), mas ao titular do direito eventual, no caso de condição suspensiva, é permittido exercer os actos destinados a conservá-lo (art. 121). Realizada a condição, este direito considera-se existente desde o momento da celebração do acto juridico ou da morte de alguem, nos negocios juridicos *mortis causa.*

No B. G. B. § 159, a retroactividade só resultará da estipulação, "nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts"; no Codigo, se bem que não haja regra expressa, o principio vigente é de que a retroactividade da condição suspensiva cumprida independe de ajuste. O art. 122 (B. G. B. § 161) entra, pois, em systema que não é o do B. G. B., mas sem contradicção com elle: a retroactividade da condição suspensiva realizada não abrange os frutos colhidos, nem prejudica terceiros (bens fungiveis, immoveis alienados, porém sem transcripção do titulo no registo); a aderencia geral do art. 122 tambem não depende de ajuste; de modo que, se, na Alemanha, ha differença entre a retroacção (§ 159) e a regra sobre Anwartschaftsrecht (§ 161), por depender aquella de ajuste e este não, no Brasil ambos independem de combinação das partes. Isto levou Clovis Bevilaqua a identificar os dois preceitos, contra o que me pronunciei: o art. 122, como o § 161, não se funda (1) no pensamento do effeito retroactivo da condição suspensiva realizada

(1) G. PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. I, § 158, nota 2; OERTMANN, *Bayerisches Landesprivatrecht*, 1. Abt., § 101, nota 1 *o*; ENDEMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 8. Aufl., vol. I, § 77, n. 16; R. FUCHS, no *Archiv für bürgerliches Recht*, vol. 34, pags. 368 e seguintes; differentemente, NIEDNER, *Bedingte Eigentumsübertragung und Vermieterpfandrecht*, em *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1907, paginas 569 e seguintes.

(art. 118, B. G. B. § 159). O art. 122 só se refere á condição suspensiva, mas o art. 119 tratou da condição resolutiva (resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum), cp. B. G B. § 161 2ª alinea.

89. Condição resolutiva tacita. — O art. 119 paragrapho unico constitue particularidade do Codigo Civil: em todos os contractos bilateraes ha condição resolutiva tacita. Se expressa, operará *ipso iure*, sem necessidade de intervenção do poder judiciario. Teremos ensejo de referir-nos a ella no direito das obrigações.

90. Termos e prazos. — O *termo inicial* suspende o exercicio, porém não a acquisição do direito (art. 123): póde o titular praticar os actos destinados á conservação (arts. 124, 121) e invocar o art. 122 (art. 124). Quanto ao termo final, é-lhe inteiramente applicavel o disposto sobre condição resolutiva, no art. 119 (B. G. B. § 163).

O art. 120 corresponde ao B. G. B., § 162. Os arts. 125-127 trataram dos prazos.

Codigo Civil, art. 126:

"Nos testamentos o prazo se presume em favor do herdeiro, e, nos contractos, em proveito do devedor, salvo quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circumstancias, resultar que se estabeleceu a beneficio do credor, ou de ambos os contraentes."

O credor não póde exigir antes do vencimento, salvo nos casos do art. 954. Se demandar antes, incorre no disposto no art. 1.530.

Falta dispositivo que corresponda ao § 272 do B. G. B. ou ao art. 81 2ª parte da Lei suiça de 1911 (de 1881, art. 94); mas a solução tem de ser a mesma.

Code Civil, art. 1.187; italiano, art. 1.175; mexicano, art. 1.360; boliviano, art. 778; uruguayo, art. 1.436; português, art. 740. *Diei adjectio pro reo est.* Lei suiça de 1881, art. 94; de 1911, art. 81. B. G. B. §§ 271, 272.

Differentes: Codigo Civil argentino, art. 570:

"El plazo puesto en las obligaciones, se presume establecido para ambas partes, á no ser que, por el objecto de la obligación ó por otras circunstancias, resultare haberse puesto á favor del deudor ó del acreedor. El pago no podrá hacerse antes del plazo, sino de comun acuerdo".

Codigo Civil espanhol, art. 1.127.

91. Modus ou encargo. — No art. 128, intervém a regra sobre o *modus,* tal como dispunha o *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 655, que lhe dedicava outras normas (arts. 656-668). A theoria de Windscheid sobre a *presupposição* não penetrou no Codigo, como tambem não foi aceita pela doutrina do direito commum, nem recebida pelo B. G. B. (1). Mas, sobre o *modus,* o art. 117 e outros dispositivos deixam aberta a discussão: trata-se de uma construcção contra a qual as criticas justas devem ser elementos modificadores, não, porém, todas, *a priori,* como definitivas recusas.

92. Forma dos actos juridicos. — Ao se tratar da forma dos actos juridicos e da sua prova, adoptou-se o principio da *Formfreiheit* (art. 129), mas a adhesão ao direito commum alemão, inspirada no *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 669, foi attenuada pelo surto de direito napoleonico, que vinha, através de Andrade Figueira (*Trabalhos,* vol. V, pag. 100), e reviveu o art. 141 do Reg. n. 737, de 1850, e o art. 356 do Projecto de Felicio dos Santos. Mais uma vez o Code Civil conseguiu invadir o systema do Codigo (art. 141).

Não vale o acto, que deixar de revestir a forma especial, determinada em lei (art. 84), salvo quando esta commine sancção differente contra a preterição da forma exigida (art. 130), cp. B. G. B., § 125. Pergunta-se: a 2ª parte do § 125 (2) é aceitavel no Brasil? Sim.

---

(1) LENEL, *Archiv für die civilistische Praxis,* vol. 74, pags. 213 e seguintes; 79, pags. 49 e seguintes; — DERNBURG, *Pandekten,* vol. I, § 115; — WINDSCHEID-KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts,* 8. Aufl., vol. I, pags. 690 e segs.; — *Protokolle,* II, 690-691.

(2) B. G. B. § 125 2ª parte: "A falta da forma prescripta por convenção especial tem, igualmente, por consequencia, em caso de duvida, a nullidade".

B. G. B., § 125:

"*Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge*".

O principio geral é o da não-solenidade em materia de actos juridicos, como se dá na lei brasileira. As partes podem determinar a forma (Cp. Codigo Civil, art. 133). A execução não sana a nullidade por falta de forma legal. Mas a falta de forma (Formmangel) quando se trate de forma estipulada pelas partes (rechtsgeschäftlich bestimmte Form) será sanada pela execução.

Codigo Civil, artigo 130: "*Não vale o acto, que deixar de revestir a forma especial, determinada em lei (art. 82), salvo quando esta commine sancção differente contra a preterição da forma exigida*".

Art. 133: "*No contracto celebrado com a clausula de não valer sem instrumento publico, este é da substancia do acto*".

No art. 133 ha disposição que corresponde ao § 125 2ª parte do B. G. B., mas deriva do direito anterior. A excepção — "salvo quando (a lei) commine sancção differente" — não apparece na lei alemã. Apesar da expressão — substancia do acto (art. 133) — a execução (art. 150) sana o defeito de forma estipulada (rechtsgeschäftlich bestimmte Form). Não se dá o mesmo quanto ao artigo 125.

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweiz. Zivilgesetzbuches, art. 11: "*Verträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt.*

Ist über Bedeutung und Wirkung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht etwas anderes bestimmt, so hängt von deren Beobachtung die Gültigkeit des Vertrages ab".

Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881, art. 9.

E' o mesmo principio da liberdade da forma (*Formfreiheit*). Aí foi posta de lado a differença entre essencial á *prova* (Formvorschriften für die Beweisbarkeit) e á *validade* (Gültigheit), mas reservada ao direito cantonal.

O art. 131 provém do Code Civil, art. 1.320. O instrumento publico (escripturas lavradas por tabelliães ou notarios, ou por consules que tenham tal funcção, actos judiciaes, etc.) é necessario nos casos dos arts. 133, 134, 24, 73, e nos de alienação de navios destinados á navegação de alto mar (Codigo Commercial, art. 468, Reg. do Decreto n. 11.505, de 7 de março de 1915, art. 359). A prova escripta do proprio punho foi regulada no art. 135 e bem assim os effeitos quanto a terceiros. A' prova referem-se os arts. 136-144.

93. **Nullidades**. — Assumpto devéras importante no direito brasileiro é o das nullidades, divididas em *absolutas* e *relativas*. Regem as primeiras os arts. 145, 146; as segundas, os

arts. 147-152, 154, 155. São geraes as regras dos arts. 153, 157, 158. Dizem-se absolutas e relativas porque aquellas podem ser allegadas por qualquer interessado ou pelo Ministerio Publico, quando lhe couber intervir, e devem ser pronunciadas pelo juiz que não poderá supri-las (art. 146), e essas sómente pela acção de annullação podem ser attendidas (art. 152), e podem ser ratificadas com effeito retroactivo (art. 148). Esta distincção geral, a que chegou o Reg. n. 737, de 1850, e mais puramente se accentuou no *Esboço* de Teixeira de Freitas, artigos 786-821, que, em muitos pontos, nos deu completa construcção juridica e theoria inteiriça e segura, não corresponde ao B. G. B., salvo, em certos pontos, ás absolutas e relativas nullidades dos §§ 1.323 e seguintes. A "nullidade relativa" comprehende a *Anfechtbarkeit* do B. G. B. e a annullabilidade dos actos do "relativamente incapaz" (*beschränkte Geschäftsunfähigkeit*). As expressões *nullos* e *annullaveis* correspondem a nullidades absolutas e a nullidades relativas (*Esboço* de Teixeira de Freitas, arts. 787, 788). Alguns reparos á lei tornariam o capitulo sobre nullidades modelo de clareza, de simplicidade e de boa doutrina: as suas vantagens quanto ao *Esboço* são notaveis.

No seu livro sobre o Codigo, em nota ao art. 146, diz Clovis Bevilaqua que as nullidades do art. 146 prescrevem em trinta annos, porque não ha acção pessoal de duração maior; mas isto é absurdo: não ha nenhuma acção propriamente no caso do art. 146; a venda nulla (feita pelo louco, etc.) não prescreve nunca: o que prescreve são as acções; e, no caso, não ha acção: ha mera allegação e poderá o juiz declarar nullo o acto quando conhecer delle ou dos seus effeitos. Acção (Anspruch) só existe no caso do art. 152. O casamento *nullo* (art. 207) não tem nenhuma relação com a prescrip-

ção, salvo o prazo do art. 208; nem póde prescrever ou ter prazo extinctivo a possibilidade de allegar-se a nullidade por illicitude ou impossibilidade do objecto (art. 145, II) ou por falta da forma prescripta em lei. Contra os "absolutamente incapazes" não corre a prescripção (art. 169, I).

TITULO II

ACTOS ILLICITOS

Regula-se a indemnização do damno ou responsabilidade pelo acto illicito, fundada na acção ou omissão voluntaria, na negligencia, ou imprudencia. Em summa: na culpa ou na negligencia. Esta noção de *culpa* foi introduzida pelo Senado Federal. Mas excepcionalmente ha, no Codigo, casos de responsabilidade objectiva (v. g., art. 1.529).

94. Actos illicitos e abuso do direito. — Não constituem *actos illicitos* (art. 160): I. Os actos praticados em legitima defesa ou no exercicio regular de um direito reconhecido. II. A deterioração ou destruição da coisa alheia, afim de remover perigo imminente (arts. 1.519-1520); mas, neste caso, o acto só será legitimo quando as circumstancias o tornarem exigido ("absolutamente necessario", diz a lei), não excedendo os limites do indispensavel para a remoção do perigo (art. 160 paragrapho unico). A doutrina do "abuso do direito", *Rechtsmissbrauch*, obtém, no Codigo, completa victoria: na estrada legislativa aberta pelo B. G. B. e proseguida pelo Codigo Civil suiço, art. 2 alinea 2, veio o Codigo Civil brasileiro marcar phase nova da theoria. No B. G. B. § 226, presuppõe-se que o exercicio do direito não tenha outro fim que o de causar damno. A interpretação tem assentado: *a*) Para a applicação do § 226 não

basta a attribuição de proposito subjectivo, é preciso que o juiz reconheça, pelas circumstancias, que, objectivamente, não se poderia admittir outro fim á acção exercida (cp. *Entsch. des Reichsger. in Zivilsachen,* vol. 68, pag. 424 e s.). *b*) Se o exercicio tem differentes fins, não pode ser applicado o § 226, por não haver a exclusividade a que se refere o B. G. B. No Codigo Civil suiço, art. 2 alinea 2, adopta-se a solução negativa: o manifesto abuso de um direito não é protegido pela lei (Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz). Tambem negativa, mas de outra natureza, é a solução do Codigo Civil brasileiro: não é acto illicito o exercicio regular de um direito reconhecido (art. 160 I). Portanto: o exercicio irregular constitue acto illicito. Trata-se de regra objectiva: a opinião do que exerce o direito ou do que se diz prejudicado nenhuma significação tem. A extensão dos direitos é apreciada pelo juiz. Cabe a acção de perdas e damnos, ou a para impedir que se causem os damnos. Não é preciso que haja a exclusividade de fim a que se refere o B. G. B.; mas, no systema do Codigo, será exigida a *culpa.* No suiço, a má fé (sem *Treu und Glauben*). Dos tres, o que mais largo conceito apresentou foi o brasileiro.

Não se trata da *Selbsthilfe* (B. G. B., § § 229-231); mas pode uma lei deixar de suppor que a justiça a si mesmo, nos limites de defesa pessoal indispensavel, é permittida a todos? A lei e a literatura alemã podem ser proveitosas á elaboração da praxe brasileira.

95. Damno patrimonial e moral. — Os actos illicitos permittem o pedido de indemnização, quer se trate de interesse material, quer de interesse moral, e neste caso terá de ser com-

putado em dinheiro o damno a direitos não patrimoniaes (cp. art. 76 e paragrapho).

TITULO III

PRESCRIPÇÃO

96. Prescripção. — Para o Codigo Civil, *Verjährung* e *Befristung* não se distinguem; tudo, para elle, é "prescripção", *Verjährung*. Os inconvenientes facilmente se percebem. Cabe á doutrina obviar a elles. Prazos extinctos (*Präklusivfristen*) não se *suspendem*, nem se *interrompem*; e por aí se vê a que absurdos levaria a applicação immediata das regras geraes do Titulo III. São exemplos de prazos extinctivos (*Ausschlussfristen*) os dos arts. 131 § 1, 178 paragraphos 1, 4 I, 581. No B. G. B., ao contrario do P. L. R., tambem se deu á palavra *Verjährung* este sentido mais largo. Os arts. 161-164, 166, 170, procedem do *Code Civil*, arts. 2.220, 2.221, 2.224, 2.227, 2.228 *in fine*, 2.223, 2.257, mas já se achavam na doutrina e na praxe anterior; a regra do Codigo Civil austriaco § 1.493 (B. G. B., § 221) passou ao art. 165. Com o direito anterior e o Codigo Civil italiano art. 2.119, elaborou-se o art. 168; com as leis e a doutrina vigentes, o art. 169. No caso de creditos solidarios (art. 171), adoptou-se a regra do Codigo Civil italiano art. 2.122 (contra: *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.014, 4º, que sustentava aproveitar, a todos os credores solidarios, a suspensão ou interrupção da prescripção a favor de um), cp. Codigo Civil argentino, art. 3.981, 3.982. Os arts. 172-176 tratam da interrupção, os arts. 177-179 dos prazos, alguns dos quaes são preclusivos (*Ausschlussfristen*).

PARTE ESPECIAL: DISTRIBUIÇÃO GERAL DAS MATERIAS E DIREITO DE FAMILIA

O Codigo Civil brasileiro começa a Parte especial pelo Direito de Familia, e não como o alemão, pelo Direito das Obrigações. Foi a collocação preferida pelo alemão Roth, pelo jurisconsulto brasileiro Ribas, pelo italiano Gabba e por Clovis Bevilaqua. Outros punham em primeiro lugar o Direito das Coisas. Gierke, Chironi e Abello, Dernburg (*Pandekten*), Windscheid e o brasileiro Carlos de Carvalho na *Nova Consolidação*. Outros preferem principiar pelo Direito das Obrigações: B. G. B., Projecto de Coelho Rodrigues. Esta ultima, desestimada no Brasil, parece a mais razoavel e pratica: do direito de familia e do direito das coisas não precisa, na sua estructura, o das obrigações, ao passo que deste precisam aquelles. Nelles, a cada momento, intervêm noções e regras, que suppôem o inteiro e prévio conhecimento do direito das obrigações. O de successão, este fica muito bem onde está: no final do direito civil, pois que a todos se prende.

97. O Direito de Familia no Codigo Civil. — A preferencia, desde o ensino juridico, pela collocação do Di-

reito de Familia no principio da parte especial obedece, no Brasil, a certo sentimentalismo de sociedade em que o maximo de organização ainda se acha no circulo social da familia. Não ha outro fundamento. Não conseguiram desviar este pendor psychologico os livros que mais foram manuseados e (o que é mais) applicados, como Direito, durante os seculos anteriores ao Codigo Civil: as *Ordenações,* a obra de Coelho da Rocha, a *Consolidação* de Teixeira de Freitas, o proprio livro *Direitos de Familia* de Lafayette Pereira.

98. **A materia sobre ausencia.** — Na Parte especial (Direito de Familia), e não na Geral. tratou o Codigo Civil da ausencia. Dois inconvenientes derivam disto: 1) o ter de partir o assumpto, deixando metade ao Direito de Familia e, em se tratando de *hereditas jacens,* ao Direito das Successões; 2) subordinar a criterio restricto, familiar, assumpto que diz respeito ao interesse publico. Para obviar a terceiro inconveniente que seria o de systematização, o art. 5 IV. enumerando os absolutamente incapazes, incluiu "os ausentes, declarados taes por acto do juiz". No art. 12, dispôs que será inscripta no registo publico a sentença declaratoria da ausencia.

99. **Direito ao nome.** — Não mereceu nenhuma referencia especial do Codigo Civil o direito ao nome (*Namenrecht*). Mas, nos arts. 240 e 324. em se tratando de mulher casada, allude-se ao nome, e no art. 667 dispõe-se que se pode ceder o direito de ligar o "nome de autor" aos productos intellectuaes.

100. **Divisão da parte especial.** — Dividiu-se a parte especial em *livros*, que passamos a examinar, no que mais relevante nos parece em technica e caracteristicas.

DIREITO DE FAMILIA (LIVRO I)

TITULO I

CASAMENTO

Aqui pouco se innovou; as leis de direito de familia ordinariamente mudam menos que as de direito das obrigações. O capitulo I trata da habilitação para casamento (arts. 180-183), o II, dos impedimentos (arts. 183-188), o III, da opposição destes impedimentos (arts. 189-191), o IV, da celebração do casamento (arts. 192-201), o V, das provas do casamento (artigos 202-206), o VI, das nullidades absolutas e relativas (artigos 107-224), e o VII contém disposições penaes.

101. Esponsaes. — Não ha nenhuma referencia aos *esponsaes*. Prohibem-se? Não se lhes quis dar obrigatoriedade? Na Parte III, trataremos desta lacuna da lei.

102. Casamento putativo. — O Codigo Civil, art. 221, possue o casamento putativo, do direito canonico e francês· deu-lhe feição systematica, que lhe adveio dos anteriores livros de doutrina. Desenvolvemos a theoria e miudeamos as applicações praticas no livro *Direito de Familia,* § 36 (1ª edição), e na 2ª edição.

103. Innovações. — Quasi todo o Titulo I provém, salvo alterações nos arts. 189, 294, 199, 225, e alguns dispositivos novos, que apontaremos, do direito anterior, contido no Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890.

Do Projecto de Coelho Rodrigues, art. 1.915, deriva o art. 220; do Projecto da Camara dos Deputados, arts. 196, 223, provêm os arts. 196, 219; do de Clovis Bevilaqua, artigos 247, 248, e 205, 266, os arts. 208, 226; do Codigo Civil italiano, art. 110 2º, o art. 215.

As alterações principaes foram as seguintes (excluido o caso dos *esponsaes*, de que trataremos mais desenvolvidamente no capitulo sobre lacunas):

a) a providencia do art. 217, que hoje se refere aos filhos nascidos *antes* e aos concebidos *na constancia da sociedade conjugal*, só aproveitava, no direito anterior, a estes (Decreto n. 181, de 1890, art. 70);

b) definiu-se o *erro essencial* em materia de nullidade de casamento (art. 219, I e II);

c) é ordinaria, e não summaria, a acção de nullidade de casamento (art. 222);

d) o regime de bens, no caso de ratificação do casamento (art. 216) e de infracções do art. 183, ns. XI a XVI, passou a ser o de separação (arts. 216, 226), talvez por influencia do Codigo Civil espanhol, art. 50.

TITULO II

EFFEITOS JURIDICOS DO CASAMENTO

104. Effeitos juridicos. — O casamento legitima a filiação commum, antes delle nascida ou concebida (art. 229). O regime de bens começa a vigorar desde a data do casamento e é irrevogavel (art. 230); só a dissolução da sociedade conjugal (art. 315) lhe põe termo (arts. 267, 322). Mas, se os conjuges desquitados se reconciliarem, voltará a vigorar o re-

gime anterior, comtanto que o façam por acto regular, no juizo competente (art. 323). No direito anterior, não se podia reviver o regime de communhão, de modo que o Codigo ainda maior força deu ao acto reconciliativo, cabivel "seja qual fôr a causa do desquite" (art. 323).

104 A. Innovações. — Neste titulo, por ser mais *economico* que *moral* o conteúdo das regras juridicas, operam-se maiores variações (lei dos valores de estabilidade, referida no Capitulo I). Procedem do Projecto revisto, arts. 293, 303, os arts. 230, 236, do Codigo Civil italiano, art. 133, o art. 234, do Projecto de Felicio dos Santos, arts. 698-701, 709, 714, 715, os arts. 235, 243, 252, 255, do Projecto de Coelho Rodrigues, arts. 1.942, 1.950-1.952, os arts. 238, 249-251, do Projecto de Clovis Bevilaqua, arts. 293, 296, os arts. 251 paragrapho unico, 254, da Lei n. 3.725, de 15 de janeiro de 1919, o art. 245 paragrapho unico, que estava sob o art. 147, do Codigo Civil chileno, art. 150, o art. 247 III, do espanhol, artigos 63, 50, os arts. 248 I, 258 paragrapho unico, do *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.314, o art. 253.

No Titulo III, de caracter ainda mais *economico* do que o II, maiores serão as innovações.

Constituem alterações principaes do Titulo II:

a) fixou-se na data do casamento o inicio do regime de bens, tido, pelo Codigo, como irrevogavel (art. 230);

b) tornou-se explicita a obrigação do marido de prover á familia (art. 233 n. V);

c) regulou-se a obrigação alimentar do marido quando a mulher abandona o lar (art. 234);

d) adoptou-se a providencia do art. 236;

e) desde que a mulher tomou posse e assumiu o exercicio de cargo publico, ou se entregou á profissão exercida fóra do lar conjugal, considera-se tacitamente autorizada a isto (artigo 243 paragrapho unico);

f) deu-se á mulher, que exercer profissão lucrativa, o direito de praticar todos os actos inherentes ao exercicio e á sua defesa, bem como a dispôr, livremente, do producto do seu trabalho (art. 246);

g) a mulher casada pode exercer, sem necessidade de autorização marital, os direitos que lhe competirem (arts. 393 e 185) sobre os filhos de leito anterior (art. 248 n. I);

h) o marido não pode usar da acção para annullar as alienações illegaes por elle mesmo feitas (art. 249); extendeu e precisou os poderes da mulher no caso de vir a dirigir e administrar o casal (art. 251 paragrapho unico);

i) estatuiu o que se prescreve nos arts. 252-254.

j) exigiu registo ás convenções antenupciaes, para que valessem em relação a terceiros (art. 261), o que não dispunham os Decretos n. 169 A, de 19 de janeiro de 1890, art. 3 § 9, e n. 181, de 24 de janeiro de 1890, art. 31.

TITULO III

REGIME DOS BENS ENTRE OS CONJUGES

105. **Regimes de bens.** — Os regimes são o da communhão universal (arts. 262-268), o da communhão limitada (arts. 269-275), o da separação (arts. 276, 277), o dotal (artigos 278-314).

Das doações antenupciaes trataram os arts. 312-314.

São novos os arts. 250 paragrapho unico (Codigo Civil espanhol, art. 50), 260 (Projecto de Coelho Rodrigues, artigo 1.983), 261 (Felicio dos Santos, art. 1.954), 268 (Camara dos Deputados, art. 275), 269 (*Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.344, e demais projectos), 271 (Teixeira de Freitas, artigo 1.346), 273 (Coelho Rodrigues, art. 2.008, 2.009, 274 1ª parte (Coelho Rodrigues, art. 2.009), 274 2ª parte (Projecto revisto, art. 343), 275 (Felicio dos Santos, art. 1.990 ns. 2 e 4, Bevilaqua, art. 322), 277 (Teixeira de Freitas, artigo 1.357), 283 (Coelho Rodrigues, art. 2.029), 283 (revisto, art. 353 1ª parte), 287 (Bevilaqua, arts. 337, 327), 288, 289 (Felicio dos Santos, art. 2.009, revisto, art. 361), 291 (Senado Federal, 293), 293, 299-301 (Teixeira de Freitas, arts. 1.367-1.371, 1.361, 1.352 ns. 19, 20), 294 (Coelho Rodrigues, art. 2.038), 295 paragrapho unico, 296-298 (Codigo Civil português, art. 1.150 § 1º, 1.151, 1.152), 303, 304 paragrapho unico (Code Civil, art. 1.566, 1.568), 305 (Felicio dos Santos, art. 2.004, Coelho Rodrigues, art. 2.050, Bevilaqua, art. 355), 306 e paragrapho unico (Bevilaqua, artigo 356), 309 (Codigo Civil italiano, arts. 1.423, 1.424), 311 (Camara dos Deputados, art. 318), 312 (Coelho Rodrigues, art. 2.091, Bevilaqua, art. 367, e emenda da Camara dos Deputados), 313, 314 paragrapho unico (Teixeira de Freitas, arts. 1.322, 1.326), 314 (Code Civil, arts. 1.082, 1.083).

Foram as seguintes as alterações principaes:

a) não se mencionam como incommunicaveis, no regime da communhão universal (art. 263), os bens herdados, pela mãe ou pae binubo, do filho de leito anterior, quando existissem irmãos germanos do filho fallecido (Ord., Liv. IV, titulo 91, §§ 2-4).

b) o immovel adquirido com a importancia do dote, quando este consistir em dinheiro, será considerado dotal (artigo 291), com o que se accentúa o principio romano (D., L. 54, 23, 3 — *res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur* — em contraposição á doutrina anterior, fundada no direito francês;

c) adaptaram-se as providencias dos arts. 309 e paragrapho unico, 311 (differente dos arts. 1.577 e 1.578 do Codigo Civil francês), 326 § § 1º e 2º, 328, 347-349, 366;

d) não se dispõe, no art. 312, que as doações antenupciaes se resolvam, quando de communhão o regime de bens (Ord., Liv. IV, tit. 65, § 1; Decreto n. 181, de 1890, art. 79).

TITULO IV

DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E PROTECÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS

106. Dissolução da sociedade conjugal. — O casamento valido só se dissolve com a morte de um dos conjuges; e esta não pode se presumida (arts. 315 paragrapho unico, 10). A sociedade conjugal termina: 1. Pela morte de um dos conjuges. II. Pela nullidade ou annullação do casamento. III. Pelo "desquite", amigavel ou judicial (art. 315). Da nullidade e annullação já os arts. 207-224 haviam tratado. A acção de desquite, que é ordinaria (art. 316), sómente pode ser promovida pelos conjuges, ou, se incapaz, pelo ascendente ou irmão (art. 316 paragrapho unico). Excluiu-se de tal promoção o descendente e comprehende-se a razão moral para isto; a inclusão do irmão provém do Projecto de Coelho Rodrigues, artigos 2.096, 2.097.

No Titulo IV, mais moral, só ha quatro alterações: artigo 316 paragrapho unico (Coelho Rodrigues, arts. 2.096.2.097), 323 (Codigo Civil português, art. 1.218), 327 (italiano, artigo 154 2ª parte), 328 (Bevilaqua, art. 383), e todas denunciam a estabilidade, que caracteriza o conteúdo de taes relações: a primeira dá ao irmão, e não só ao ascendente, a eventual representação do art. 316; a segunda, buscada ao direito português, quer ainda mais completa a influencia do perdão nas relações conjugaes; a terceira tambem deriva de considerações moraes; e a quarta, meramente technica, está intimamente ligada á innovação do art. 217. De todas a ultima constitue a contribuição brasileira, com parecenças ibericas (Codigo Civil espanhol, arts. 70, 71, e português, arts. 1.093, 1.094).

A acção de desquite passou a ser *ordinaria*, em vez de *summaria* (art. 316). No caso de incapacidade do conjuge, deu-se ao irmão delle (antes já o tinha o descendente) a faculdade de propôr a acção (art. 316). Contrariamente ao Decreto n. 181, de 1890, art. 89, permittiu-se, no caso de reconciliação dos conjuges desquitados, o restabelecimento do regime de bens (art. 323). Implicitamente se admittia, no art. 353, contra o Decreto n. 181, art. 56 § 1º, que a legitimação *per subsequens matrimonium* aproveitasse aos filhos adulterinos (1). Mas — sem motivo obvio — vedou-se o reconhecimento delles e dos incestuosos, se bem que aquelles possam ser legitimados (art. 353) e todos reclamar, no caso do art. 405, prestações de alimento.

(1) PONTES DE MIRANDA, *Direito de Familia*, § 181, pag. 285.

TITULO V

RELAÇÕES DE PARENTESCO

107. Parentesco e suas especies. — O Capitulo I contém "disposições geraes": define o parentesco e as especies delle. Na linha collateral, vae até o sexto grau (art. 331). Admitte o parentesco illegitimo (art. 332; cp. B. G. B. § 1.589 2ª alinea) e chama "natural" ao que provém da consanguinidade e "civil" o que deriva da adopção. Na linha recta, contam-se os graus pelo numero de gerações, e, na collateral, tambem pelo numero dellas, subindo-se, porém, de um dos parentes até ao ascendente commum, e descendo-se, depois, até encontrar o outro parente (art. 333, B. G. B. § 1.589). O art. 334 corresponde ao B. G. B. § 1.590. Dissolvido o casamento, só perdura a affinidade em linha recta (art. 335; cp. B. G. B. § 1.590 2ª alinea, e venezuelano, art. 63 3ª parte). Da adopção deriva parentesco meramente civil (art. 336).

108. Filiação. — No Capitulo II, cogita-se da "filiação legitima"; no III, da "legitimação"; no IV, do "reconhecimento dos filhos illegitimos".

No Titulo V, capitulos I-IV, nota-se que diminue o circulo parental (dez graus no direito anterior e seis no actual). Uniformiza-se, precisa-se, clareia-se o direito anterior, nos artigos 333, 336. Em regra, o que se busca de fóra é velho direito, homogeneo com o conteúdo moral do Titulo V: arts. 339, 340, pr. e n. I, 340 II, 341, 349, 358 (Code Civil, arts. 314, 312 2ª parte, Lei francesa de 1850, Code Civil, art. 313 *in fine*, 314, 335, art. 353 (Codigo Civil austriaco § 161), arts. 346.

350 (espanhol, arts. 109, 118), arts. 355, 359 (italiano, artigos 179, 183).

Constituiam doutrina aceita os arts. 348, 351, 356, 361, e o art. 358 representa a estabilidade do direito de familia brasileiro (Code Civil, art. 335).

Quanto á elaboração brasileira devem-se-lhe os arts. 242, 251, 256, 360, 361, 362, 363, 364 1ª parte, 366, 367. Todos reveladores de fina sensibilidade moral e alguns de innegavel valor, como os arts. 356 (Projecto de Coelho Rodrigues, art. 2.143), 360 (*Esboço* de Teixeira de Freitas, arts. 1.588, 1.589 que inspirou outros Codigos), 361 (*Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.586), 364 (cp. Code Civil, arts. 341, 343), 366 (cp. português, art. 166, italiano, art. 192, suiço, art. 325) e 367, que se originou do Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 431 (cp. art. 405, proveniente do Senado Federal).

O art. 335, a despeito do *Esboço* de Teixeira de Freitas, arts. 162, 164, 165, que precedeu ao Codigo Civil italiano, artigo 52 3ª alinea e ao B. G. B. § 1.590, adopta a extincção da affinidade entre collateraes pela dissolução do casamento: a realidade do grande numero de casamentos entre cunhados deve ter concorrido para isto. Para que bem o sintamos comparemos com o art. 193 II o Code Civil, art. 162 (Tribunal Civil do Sena, 12 de Junho de 1896, *Recueil périodique Dalloz,* 1896, 2ª parte, pag. 453), o italiano, art. 59, o espanhol, art. 84, e o costume inglês.

São as seguintes as alterações ao direito anterior:

Além da legitimação dos adulterinos, por subsequente casamento, se bem que não se permittisse o reconhecimento delles, como fôra logico, deu-se-lhes e aos proprios incestuosos, no caso do art. 405, a acção de alimentos. Autorizou-se a investigação da paternidade, em condições amplas (art. 363) e só se

impediu a da maternidade quando tenha por fim attribuir prole illegitima á mulher casada e incestuosa á solteira (art. 364).

Prestigiou-se o *facto* do casamento, em se declarar que — não só será legitimo o filho nascido de casamento *annullado*, ainda que sem declaração de putatividade, ou *nullo* mas *putativo* (art. 337, que manteve o direito anterior), — como tambem, se fôr sem as condições de putativo, será *certa* a filiação paterna ou materna (art. 367), se declarado *nullo* o casamento (*certeza* da filiação, note-se, e não *legitimidade*).

109. Adopção. — A *adopção* (capitulo V) precede o capitulo sobre *patrio poder*, collocação que constitue, evidentemente, influencia de antiga concepção da familia: hoje, se bem meditarmos, chegaremos a convicção de que não se justifica a "ficção" do patrio poder vir antes deste. O capitulo sobre patrio poder ainda apresenta certas durezas patriarcaes e a interpretação dos tribunaes tem fortalecido a rotina.

A adopção não foi regulada pelo direito anterior, mas existia, e allusões legislativas apontavam o instituto. Teve-se de armar a construcção, mas os materiaes novos já eram velhos e não se pode considerar innovação o capitulo sobre a adopção: o Code Civil, arts. 343, 344 1ª parte, dá-nos dois artigos, 368, 370; o italiano, art. 207, o art. 371; o do Cantão de Zurique, art. 250, os arts. 374, 376; o uruguayo, art. 382, talvez nos haja inspirado o art. 377 2ª parte. Os de elaboração brasileira, ou são de typo romano, arts. 369, 372, ou de grande valor pratico, arts. 375, 377 1ª parte. O art. 373 contém prazo mais acertado que o do espanhol, art. 180.

110. Patrio poder. — Dos dezoito artigos sobre patrio poder, quasi todos foram modificados, mas não se fez mais do

que aparar o seiscentismo das Ordenações Filipinas: o art. 379 deriva do Codigo Civil espanhol, art. 154; ao italiano, art. 220 *in fine*, 224 3ª parte, 233, pediram-se os arts. 382, 387, 394. São valiosos os arts. 391 I (Projecto de Coelho Rodrigues, art. 2.193 § 4º), 393. O art. 393, proveniente do Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 461, é melhor que o B. G. B. § 1.697, se bem que este seja susceptivel de igual interpretação. O artigo 395 completa o art. 394.

A multisecularidade de uma pratica quasi exclusiva da communhão universal de bens, de typo germanico, e o patriarcalismo romano deixaram nos paes portugueses, e menos, porém ainda muito, nos brasileiros, a noção de que a familia é o pae, de que os bens são do pae, do marido, do "chefe de familia". Morta a mulher, não fazem inventarios, e só o fazem por intimação do juiz. Desta mentalidade, em que se misturaram as desvantagens da dureza da *patria potestas* e os inconvenientes (certamente menores que as conveniencias moraes), da completa communhão de bens entre conjuges, resulta a absorpção do patrimonio da mulher e dos filhos pelo marido e pelo pae.

Era de esperar que o Codigo Civil corrigisse ou tentasse corrigir este estado de coisas. Não no fez. E onde o fez, a applicação judiciaria, rotineira, mais patriarcalista do que o proprio legislador, insinúa, quanto pode, novos esteios á atrasada construcção do patrio poder.

Falta dispositivo que regule a venda de bens de menores sob patrio poder. Ha o art. 429, mas entendeu a interpretação judiciaria que só se applica aos menores sob tutela e não áquelles que se acham sob o patrio poder. Por mais que pareça estranho, certo é que os paes vendem, com fundamentos juridicos preparados, com o unico intuito de perceber commissões

dos compradores e differenças entre o verdadeiro preço e aquelle que figura nas escripturas de compra.

Na evolução — dentro dos tempos modernos — do patrio poder, podemos verificar tres typos: A) o da propriedade dos paes quanto aos bens adquiridos pelo filho; B) o da alimentação e educação pelo pae, com o usufructo de todos ou de alguns bens do filho; C) o da completa separação entre bens do pae e bens do filho. E' para este typo que tendem os outros. O typo mais atrasado é o do direito espanhol e do Codigo Civil português. Pergunta-se: á frequentação dos livros referentes ao ultimo destes codigos é que se devem imputar os recúos soffridos pelo direito brasileiro *antes* e, até, *depois* do Codigo? Um dos ultimos a dar á Ordenação do Liv. I, tit. 88, §§ 22-30, a interpretação mais retrograda (no que concerne á hasta publica dos bens de menores, ainda quando tenham pae vivo). foi o ministro do Supremo Tribunal Federal Pedro Lessa. *Orphãos* eram ditos os que estavam ou não sob tutela, ainda que um só dos paes houvesse morrido (cp. com a Ord., Livro I, tit. 88 §§ 4, 6), mas Pedro Lessa sustentou que eram apenas os sob tutela. Que isto dissessem Ramalho, Pereira de Carvalho e outros antigos praxistas, vá; mas dóe ver-se tão grande recúo em Pedro Lessa. No emtanto, nenhum dos dois praxistas citados distinguia menores sob tutela e menores sob o patrio poder.

Depois do Codigo Civil, o mesmo surto de autoridade paterna provocou as mais absurdas interpretações e sophismas. Em 107 processos, que examinamos para investigar a causa do interesse dos paes, verificamos que se tratava, em 68 casos, de filhos ricos e paes pobres ou menos ricos. A causa seria a dissimulação do preço real, com o lucro occulto entre o preço da escriptura e o preço effectivamente pago. Nos outros 39 casos,

vinte e um duvidosos, mas, destes, tres paes e oito procuradores eram homens notoriamente sem escrupulos.

De modo que, para o recúo das interpretações — volta ao typo A ou B — em vez de caracterização da tutela paterna (C), concorrem: *a*) a mentalidade estabilizada dos juizes, com a preferencia pelas formas autoritarias (religiosismo, autoridade paterna despotica; e a falta de convivencia com as obras inglesas, austriacas, alemãs, não seria allegavel, porquanto só frequentam os livros franceses e seria, então, compensada a leitura dos livros de Portugal); *b*) diminuição de escrupulos paternos e, pois, razão maior para que as leis duramente interviessem, afim de corrigir os defeitos de adaptação dos paes ás circumstancias actuaes do mundo, algumas interiores a elles (ganancia monetaria, individualismo).

111. Alimentos. — Sobre alimentos (capitulo V) mantiveram-se as regras do direito anterior, particularmente do Assento de 9 de abril de 1772; mas houve alterações: o art. 402, que se tirou ao *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.621 4º (anterior ao Codigo Civil italiano, art. 146, B. G. B. § 1.615, venezuelano, art. 325). Os arts. 404, 405, que contêm principios já aceitos na doutrina anterior, derivam do Codigo Civil português, art. 182 (cp. B. G. B., § 1.614) e do italiano, art. 193 (cp. Code Civil, arts. 762, 763); e o art 403, do português, art. 183.

TITULO VI

TUTELA, CURATELA E AUSENCIA

112. Tutela. — No capitulo I, sobre tutela, nome restricto, no direito brasileiro, á tutela dos menores (a dos maio-

res interdictos e dos embryões chama-se curatela), o Codigo Civil procurou modernizar o instituto. O Codigo Civil italiano concorreu com alguns dispositivos, nos arts. 406, 408, 411 pr. 1ª parte, 411 paragrapho unico, 435, 437, que provêm dos artigos 421, 243, 246, 247, 303 (que, aliás, exceptúa da exigencia os avós), 307. O Codigo Civil peruano, arts. 307, 308, talvez tenha inspirado o art. 407, e o mexicano, arts. 481, 482, semelha-se ao art. 419. São frutos os arts. 438, 442, do português, art. 356, e do espanhol, art. 442. Do *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.637, provém o art. 412; do Projecto de Felicio dos Santos, arts. 852, 861, os arts. 422, 429 (com emenda do Senado Federal: "menores" em vez de "orphãos"); do Projecto de Coelho Rodrigues, arts. 2.210 § 1, o art. 411 pr. 2ª parte. Bevilaqua, arts. 478, 491, 493, 513, redigiu os arts. 409, 414 I, II, IV-VII, 416, 432, que se caracterizam pela chamada das mulheres (irmãs e tias) á tutela dos parentes menores e algumas regras praticas. O projecto revisto, artigos 505 3º, 519 1º, interveio nos arts. 414 III, 427 I, com real proveito, e o Senado Federal incluiu regras de grande importancia, inspiradas pela experiencia (arts. 433 §§ 1º, 2º. 441).

113. Curatela. — Quanto á curatela dos loucos e dos surdos-mudos, alterou-se, em pormenores, o direito anterior, e estas alterações foram mais preenchimento de lacunas do que verdadeiras alterações. O Codigo Civil português, arts. 316 paragrapho unico, 338, deu ao Codigo Civil os arts. 449, 451, bem redigidos e uteis; completou-se, no art. 448, o disposto no Code Civil, art. 491, e no art. 452 fez-se mais explicito o Codigo Civil italiano, art. 328. Duas regras são de elaboração brasileira, as dos arts. 456, 458.

A curatela dos prodigos, tratada em tres artigos, 459-461, torna-se exclusivamente relativa aos bens (art. 459), e do Codigo Civil português, art. 340, tira-se, através do Projecto de Felicio dos Santos, arts. 937, 939, o art. 460, evidentemente infeliz. O art. 461, provindo daquelle Projecto, art. 941, aggrava o erro de politica juridica.

Do projecto de Clovis Bevilaqua, art. 543, deriva o artigo 462, de que trataremos no capitulo sobre lacunas.

114. Ausencia. — Quanto á ausencia, á curadoria de ausentes, á "successão provisoria", á "definitiva" e aos effeitos da ausencia quanto ao direito de familia, houve preenchimento de lacunas e alterações. O Codigo Civil espanhol, artigos 181 2ª parte, 182, 185, foi o que mais concorreu (arts. 464, 465, 470); depois, o Code Civil, arts 130, 142-143, para os artigos 479 e 484, o português, art. 80, para o art. 483, o italiano, art. 30, para o art. 477. São de elaboração brasileira os arts. 471 1ª parte, 473 e § 1º, 474 (Projecto de Coelho Rodrigues, arts. 2.326, 2.331-2.333), 467, 471 2ª parte, 478 (Bevilaqua, arts. 548, 551, 558), 468, 469 (revisto, arts. 559, 560), 471, §§ 1º, 2º (Camara dos Deputados, art. 477, §§ 1º, 2º). São regras praticas ou technicas, que dão ao instituto feição brasileira.

O art. 484 é de origem francesa (Code Civil, arts. 142, 143).

CAPITULO III

DIREITO DAS COISAS (LIVRO II)

TITULO I

POSSE

115. Posse e theoria de Savigny. — Já na introducção historica ao seu projecto declarava Coelho Rodrigues ter rompido com os romanismos escusados e com a theoria de Savigny (1). Clovis Bevilaqua, ao apresentar o Projecto, escrevia: "Conviria tambem, proseguindo nesse bom caminho, pôr de lado o *corpus* da theoria savignyana. Foi o que tentou o actual Projecto do Codigo Civil brasileiro". A doutrina era extraida de R. von Jhering e Bevilaqua queria afastar-se do proprio *espirito de transacção* que caracterizára o B. G. B. Longe estava, neste ponto, de ser obra perfeita o Projecto, mas as alterações, que soffreu, deformaram a construcção. Dos trinta e nove artigos de que se compõe o capitulo, dezesete foram incluidos depois. Comparando-se com o direito anterior, sómente são novos ou differentes os arts. 485 (Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 565, cp. B. G. B.

---

(1) *Projecto do Codigo Civil*, Rio de Janeiro, 1897, pag. VII.

§ 854, I Projecto § 777 e II Projecto § 797), 486 (II Projecto, § 790), 494 II (Bevilaqua, art. 565 2ª parte), 498 (cp. argentino, art. 2.403), 500 (Privatrechliches Gesetzbuch für d. Kanton Zürich, art. 78), 507-509, 514, 520 I-IV (português, arts. 488-490, 494, 482 1º-4º), 510, 517 (*Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 3.979, 1º e 3º), 521 e paragrapho unico (revisto, art. 611, Camara dos Deputados, art. 526, cp. italiano, arts. 706, 709).

A originalidade, que possa haver, está no art. 485: a doutrina de Jhering em toda a sua inteireza; mas se isto se pretendeu dizer, não é isto o que diz o art. 485, onde aquelle "de facto", referido a exercicio, não traduz bem a theoria, que tinha por fito afastar o *animus,* como o B. G. B., e o *corpus.*

116. A theoria de von Jhering e o Codigo Civil. — Em substituição ao que se dispunha nas *Ordenações* de 1603 e na doutrina anterior, bebida em Savigny, adoptou, nas grandes linhas, a doutrina de Jhering quanto á posse, e buscaram-se ao Projecto alemão alguns dispositivos caracteristicos (artigo 485 e seguintes).

Afasta-se a theoria subjectiva (*Subjektivitätstheorie*) de Savigny (art. 486) e têm-se como autonomo detentor (*selbständiger Inhaber*) e consequentemente, como possuidor (*Besitzer*), os que possuem por força de obrigação ou direito, como o usufructuario, o credor pignoraticio e o locatario.

117. Disposições soltas. — O interdicto prohibitorio da Ord., Liv. III, tit. 78, § 5, passou para o art. 501, mas sem nenhuma referencia ás pessoas, o que inteiramente se deixa ás medidas policiaes.

Adoptou-se a disposição do art. 509, inspirada no Codigo Civil português, art. 490.

Contrariamente ao disposto no direito anterior (1), o possuidor de boa fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, salvo se a isto der causa (art. 514), restricção que se busca ao Codigo Civil português, art. 494.

Tratou-se da perda da posse de direitos (art. 520, paragrapho unico).

Adoptaram-se os dispositivos dos arts. 708 e 709 do Codigo Civil italiano, o que, em systema, como o brasileiro, para o qual não prevalece a regra *en fait des meubles possession vaut titre,* cria acção semelhante á do Codigo Civil alemão, § 1.007.

TITULO II

PROPRIEDADE

Ao Titulo I — Posse — succedem o II — Propriedade — e o III — Direitos reaes sobre coisas alheias. Dentre esses, ainda o Codigo distingue os *direitos reaes de garantia,* que são o penhor, a antichrese e a hypotheca. Nos arts. 755-767 deu as regras geraes sobre taes direitos reaes de garantia.

118. Propriedade em geral. — O Titulo II trata da propriedade, em geral (arts. 524-529), da propriedade immovel (arts. 530-591), da acquisição e perda da propriedade movel (arts. 592-622), do condominio (art. 623-646), da propriedade resoluvel (arts. 647, 648) e da propriedade literaria, scientifica e artistica (arts. 649-673). No direito das obrigações, não ha capitulo sobre a indivisão, como no B. G. B., § § 741-758; só se cogitou, no direito das coisas, do condomi-

(1) COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil português,* § 449.

nio (condominium). As regras, que a respeito de divisão formulou, acham-se esparsas no texto legal.

No capitulo I, só o art. 529 é novo: provém do Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, art. 136.

No capitulo II, do Codigo de Zurique, arts. 120 2ª parte, 141, 145 1ª parte, 169, 179, 180, 176-178, 181, 182, 183-186, 163 provêm os arts. 535, 561, 564, 577, 581-585, 587, 588 § 4º; do Code Civil, arts. 559, 553 1ª parte, os arts. 542, 545; do português, arts. 2.309, 453, 456, os arts. 559, 566, 567; do espanhol, art. 365, o art. 549; do *Esboço* de Teixeira de Freitas, arts. 4.159, 2º, 4.180 1ª parte, 4.192, os arts. 541, 543, 547; do Projecto de Coelho Rodrigues, arts. 1.460, 1.466 §§ 1º, 2º, 1.448, os arts. 578, 580, 588 § 5º; de Clovis Bevilaqua, arts. 634, 639, 657, 662, 685 1º e 4º, os arts. 553, 555, 570, 573, 590 § 2º, I-IV; do revisto, arts. 649, 664, 683, 686 § 2º, os arts. 554, 568, 586, 589 § 2º.

Apparece, no art. 557, o *Ueberfallsrecht*.

A propriedade movel transfere-se pela *tradição* e a immovel pela *transcripção* no livro de registo de immoveis. Regula a transcripção o Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, artigos 244-256.

No capitulo III, do *Esboço* de Teixeira de Freitas, artigos 4.092, 4.093 (argentino, arts. 2.540, 2.541), 4.086, 2º (argentino, art. 2.544), 4.096 (cp. português, art. 389), 4.097 (modificado pela Camara dos Deputados, art. 603), 4.103 (argentino, art. 2.548), derivam os arts. 595-598, 602. Do Projecto de Felicio dos Santos, art. 1.295 (Bevilaqua, artigo 782 2ª parte), o art. 609. Do Projecto de Bevilaqua, artigos 708, 725, 619, os arts. 610, 611, 614. Do Projecto revisto, art. 717, o art. 619. Do Projecto da Camara, arts. 599, 604, os arts. 594, 601. De fóra do Brasil, só dois artigos derivam,

um, o art. 616, do Codigo Civil português, art. 2.300, e outro, o art. 621, do II Projecto alemão, § 844 (B. G. B. § 931).

No capitulo IV (condominio), a fonte principal foi o *Esboço* de Teixeira de Freitas, a cujos arts. 4.361, 4.365 (fonte tambem do argentino, art. 2.694), 4.302, 4.355 2° (argentino, art. 2.702), 4.356 2° e 3° (cp. B. G. B. § 745, italiano, artigo 678), 4.357 ultima parte (argentino, art. 2.708), 4.358 (argentino, art. 2.709), 4.376 (argentino, art. 2.736), 4.382, 4.383 2ª alinea, correspondem os arts. 624 paragrapho unico, 630, 632 1ª parte, 636, 637 § 1°, 639, 600, 643-645 do Codigo. Mas no Codigo Civil argentino, que se inspirára no *Esboço,* tambem foi inspirar-se o brasileiro: nos artigos 2.687 (cp. chileno, art. 2.307), 2.683 (cp. chileno, artigo 2.307 2ª parte, mas com alterações posteriores no Projecto de Bevilaqua, art. 733: em vez da divisão em *partes iguaes,* adoptou-se o principio da proporcionalidade aos quinhões, pelo qual sempre se manifesta a preferencia do Codigo, cp. 569, chegando, até, a incorrecções, art. 570), 2.691, 2.681 do Codigo Civil argentino, é que se acham as verdadeiras fontes dos artigos 625-628 do brasileiro. Do português, art. 2.266, deriva o artigo 646. Do Projecto de Clovis Bevilaqua, arts. 746, 3ª alinea (cp. *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 4.356 5°, que passou ao argentino, art. 2.706), 750, provêm os arts. 637 § 2°, 642. Do Projecto da Camara dos Deputados, art. 637 (*Trabalhos,* vol. III, pags. 92, 93; vol. VI, pag. 244), 638, os arts. 632 parte 2ª, 633.

E' innegavel a elaboração brasileira e, mais largamente, sul-americana do capitulo.

No capitulo V (propriedade resoluvel), composto de dois artigos, ambos (arts. 647, 648) provêm do *Esboço* de Teixeira de Freitas, arts. 4.310-4.313 (fonte do Codigo Civil argen-

tino, arts. 2.668-2.670), 4.312 (argentino, art. 2.672). São regras de pura e boa doutrina, que enriquecem a lei.

119. Propriedade literaria, scientifica e artistica. — No capitulo VI (propriedade literaria, scientifica e artistica), a contribuição estrangeira foi maior e não podia deixar de ser: país novo, em que a operosidade intellectual não se accentuaria como profissão rendosa, só em 1898 se teve a Lei n. 496, de 1 de agosto, de onde procedem quasi todos os artigos. O art. 653 paragrapho unico talvez derive de dispositivo do Projecto belga, que a Commissão central eliminou; o art. 655, da Lei italiana de 19 de setembro de 1882, art. 6; o art. 650, do Projecto de Bevilaqua, art. 758 (anterior á lei alemã de 1901, art. 4); os arts. 649, 656 e paragrapho unico, são de certa novidade, e foram elaborados na Camara dos Deputados (artigos 654, 661, veja *Trabalhos,* vols. III, pag. 101, e VI, 267).

120. Alterações do direito anterior. — No Titulo II, houve as seguintes modificações ao direito anterior:

Em vez do criterio dos Decretos n. 169 A, de 19 de janeiro de 1890, art. 8, e n. 370, de 2 de maio do mesmo anno, art. 236, segundo o qual a transmissão da propriedade immovel *inter vivos* só operava em relação a terceiros, depois de *transcripta* ou, melhor, *registada,* — adoptou-se a opinião dos jurisconsultos Teixeira de Freitas e Lafayette Pereira que viam nella a *tradição* do immovel, que é de mistér em todos os casos (art. 531).

Exigiu-se o registo dos julgados, pelos quaes, nas acções divisorias, se pusér termo a indivisão, das sentenças que, nos inventarios e partilhas, adjudicarem bens de raiz, em paga-

mento das dividas da herança, e as arrematações e as adjudicações em hasta publica (art. 532).

Regulou-se a propriedade do terreno alluvial formado em frente a predios de differentes donos (art. 540), inspirando-se a disposição no art. 4.159 2º do *Esboço* de Teixeira de Freitas.

Consignou-se, no caso de avulsão, em favor do proprietario do terreno invadido, a opção entre acquiescer a que se remova a parte accrescida e indemnizar ao reclamante (art. 541), o que não se verificava no direito romano, nem no Codigo Civil francês, art. 559, e parece devido tão sómente á Commissão extraparlamentar (*Projecto revisto,* art. 634).

Fixou-se em um anno o prazo para reclamar a porção de terra que se despregou (*avulsio*), prazo, que é o do Codigo Civil francês, art. 559, porém duvidoso na doutrina anterior (Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil,* § 417, e Lacerda de Almeida, *Direito das Coisas,* § 9, que recorriam ao direito francês; Lafayette Pereira, *Direito das Coisas,* § 39, e M. I. Carvalho de Mendonça, *Rios e aguas correntes,* n. 105, que divergiam).

No art. 543, mandou-se que, no caso de avulsão, se applicasse o disposto quanto a coisas perdidas sempre que a porção despregada não fosse susceptivel de adherencia natural (innovação do *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 4.180 1ª parte, passada ao Codigo Civil argentino, art. 2.586).

O que semeia, planta ou edifica em terreno alheio, perde, em proveito do proprietario, as sementes, plantas e construcções, mas tem direito a indemnização, salvo se procedeu de má

fé (art. 547); e ainda que o edificio seja mais valioso que o solo, e nisto differe do direito anterior (1) o Codigo Civil.

Regulou-se a semeadura, plantação e edificação em terreno alheio com alheios materiaes (art. 549).

Fixou-se em trinta annos a prescripção, e assim acabaram os prazos superiores a trinta e a prescripção immemorial.

A materia dos arts. 554 e 555 apparece nos chamados "direitos de vizinhança", ao passo que, no systema anterior, constituia direito ligado á posse (Correia Telles, *Doutrina das Acções,* ed. annotada por Pontes de Miranda, § 214); mas no art. 554 se falou no inquilino.

Desprezou-se o direito romano, que produzia disputas, ao autorizar a apanha de frutos proprios, caidos no terreno alheio, e adoptou-se o *Ueberfallsrecht* do direito germanico, neste ponto mais sabio quanto á adaptação do homem á vida social (art. 557); sem as antigas tornas de indemnização, nem, tão pouco, a opção, a que se referia Almeida e Sousa (*Fasciculo de Dissertações,* I, diss. VIII, § 42).

Regulou-se a *passagem forçada* (art. 559-562) como direito derivado da relação de vizinhança (contiguidade), *direito de accesso* do Codigo Civil português, art. 2.309, e não como *servidão.*

Tirou-se do Codigo Civil do Cantão de Zurique, art. 141. a disposição do art. 561, que é direito novo.

Inseriu-se o art. 577, que corresponde e teve por fonte o art. 169 do Codigo Civil do Cantão de Zurique, através do Projecto de Coelho Rodrigues, que o já incluira (art. 1.459).

---

(1) MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Civilis Lusitani,* Liv. III, tit. 3, § 1; LAFAYETTE PEREIRA, *Direito das Coisas,* § 40, pag. 112; CARLOS DE CARVALHO, *Nova Consolidação,* art. 427.

Passou-se, no art. 578, para a lei civil, o que, a respeito de estrebarias, curraes, pocilgas e estrumeiras, bem como, em geral, as construcções que incommodam ou prejudicam a vizinhança, se estabelecia nas posturas municipaes e regulamentos de hygiene.

Nos arts. 179, 180 e 176 do Codigo Civil do Cantão de Zurique inspiraram-se os arts 581 e 582.

No mesmo Codigo de Zurique, arts. 177 e 178, combinado com o art. 2.338 do Codigo Civil português, está a fonte do art. 583, que é novo, se bem que, nos mesmos casos, já dispusessem de acção os vizinhos para se defenderem do damno.

Buscou-se ao Codigo da Prussia, art. 129, por intermedio já do de Zurique, art. 181, a disposição do art. 584; e preferiu-se ao direito romano, ao Codigo da Prussia, art. 130, ao direito anterior (Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil,* § 592), o que se estatue no art. 585, inspirado no art. 182 do Codigo de Zurique: no direito anterior, o proprietario podia abrir poços, vallas, ainda que cortassem as veias de agua, que iam brotar no predio inferior, ou desviassem as aguas, que para este naturalmente escorriam, salvo: *a*) se o vizinho provasse servidão, *b*) ou quando da veia de agua se alimentasse *fonte publica* (Almeida e Sousa, *Aguas,* § 56); no Codigo Civil, é regra a prohibição de se tirar a agua necessaria, e apanha até aquelles proprietarios que não sejam contiguos.

Ainda ao Codigo de Zurique, arts. 183-186, se tirou o art. 587, mas com a particularidade de admittir a entrada ou uso do predio vizinho quando indispensavel á construcção do outro, o que constitue a mais avançada forma do *Hammerschlagsrecht,* oriundo do direito germanico.

Regulou-se, no art. 588 § 4°, o direito de entrada em terreno alheio, para decotar a cerca viva ou reparar o muro, adoptando-se o que se estatuia no art. 163 do Codigo Civil do Cantão de Zurique.

Incluiu-se a regra do art. 588 § 5°, devida ao Projecto de Coelho Rodrigues, art. 1.448.

Em vez de directa e immediatamente se devolver ao Estado o predio abandonado, como queria Almeida e Sousa (*Notas de uso pratico*, Liv. III, tit. 3, § 5, n. 6), ou a quem o occupasse ainda que particular (Lafayette Pereira, *Direito das Coisas,* § 35, nota 4), — apesar do abandono, manda-se que se aguardem dez annos, para que se dê a devolução ao Estado (art. 589 § 2°).

Accrescentaram-se, como permissivos de desapropriação por utilidade publica, a fundação de povoações e de estabelecimentos de assistencia, educação ou instrucção publica, e a exploração de minas (art. 590 § 2, n. I e IV).

No direito anterior a caça em terreno particular não cercado independia da autorização do dono (Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis,* arts. 886-888), ao passo que, pelo Codigo Civil, é exigida em qualquer caso (art. 594).

Adoptaram-se as disposições dos arts. 596, 597, 598, 601 e 603, respectivamente inspiradas no *Esboço* de Teixeira de Freitas, arts. 4.086 2°, 4.096, 4.097, no Codigo Civil chileno, art. 616, e ainda no *Esboço,* art. 4.103.

No Projecto suiço, art. 715, e no Projecto alemão, § 883, buscaram-se os dispositivos dos arts. 604 e 605, respectivamente, aquelle através do Projecto de Coelho Rodrigues, art. 1.520, e este do de Clovis Bevilaqua, art. 707.

Inspirado no Codigo Civil português, art. 426 paragrapho unico, previu o Codigo Civil brasileiro o caso do tesouro em terreno aforado e mandou que se partisse igualmente entre o inventor e o emphyteuta ou que todo se désse a este, em sendo elle o descobridor (art. 609).

Adoptou a solução peripatetica mais radical, quanto á pintura, á esculptura e á escripta (art. 614 e 62), no que differe do anterior e dos outros codigos, inclusive o alemão, § 950.

Nos casos de confusão, commissão ou adjuncção operada de má fé, deu-se á outra parte a alternativa: guardar o todo, pagando a porção que não fôr sua, ou renunciar ás que lhe pertencerem, mediante indemnização completa (art. 616).

Diminuiu-se de trinta para dez annos o prazo do art. 619 (usucapião de moveis, independente de titulo e boa fé).

Se a coisa alienada estivér na posse de terceiro, obterá o adquirente a posse indirecta pela cessão, que lhe fizer o alienante, do seu direito á restituição da coisa (art. 621); e assim, inspirado no § 844 do II Projecto alemão (correspondente ao § 804 do I e § 931 do B. G. B.), se criou regra inteiramente nova para o direito brasileiro, que sómente conhecia o caso do constituto possessorio.

Adoptou-se a solução do paragrapho unico do art. 624, inspirado no *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 4.361, sem correspondente no direito anterior e no Codigo Civil alemão, e differente dos demais codigos.

No art. 625, tratou-se das dividas contraidas por um dos condominos, em proveito da communhão, para o que se inspirou no art. 2.687 do Codigo Civil argentino.

Inspirado no art. 2.688 do Codigo Civil argentino e no 2.307 2ª parte do chileno, mas preferindo ao principio de igualdade o da proporcionalidade na divisão da divida, inseriu-

se o art. 626, oriundo do Projecto primitivo, art. 733, e remodelado pela Commissão revisora, Projecto revisto, art. 724.

Incluiu-se o disposto no art. 627 (responsabilidade pelos fructos da coisa commum).

No art. 629 paragrapho unico, adoptou-se o disposto no art. 815 do Codigo Civil francês; no art. 630, inspirado no *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 4.365, no qual tambem se inspirara o Codigo Civil argentino, art. 2.694, limitou-se a cinco annos a indivisão estabelecida pelo doador ou testador.

Adoptaram-se as disposições dos arts. 635 a 637, inspirados no *Esboço* de Teixeira de Freitas, arts. 4.352, 4.355 e 4.356, a que correspondem os arts. 2.699, 2.670, 2.682-2.676 do Codigo Civil argentino, e as dos arts. 639, 640, 643-645, tirados, na essencia, do *Esboço*, arts. 4.357 ultima parte, 4.358, 4.376, 4.382 e 4.383 2ª parte, correspondentes os tres primeiros aos arts. 3.708, 2.709 e 2.736 do Codigo Civil argentino.

Inspirado no Codigo Civil português, mas differente delle (art. 2.266), redigiu-se, desde o Projecto revisto, art. 743, o artigo 646, sobre a communhão de pastos em predios pertencentes a differentes donos, quer se trate de *ius pascendi* (servidão), quer de *ius compascendi* (commum aos donos dos predios), quer de outra figura que nasça da estipulação.

No art. 649, augmentou-se o prazo de duração do direito autoral, que era de cincoenta annos no direito anterior e passou a ser de sessenta, não se distingue quanto á nacionalidade, nem á residencia, e previu-se o caso de morte do autor sem herdeiros ou successores.

São novos os arts. 650, 653 paragrapho unico (inspirado no projecto belga), 655 (tirado da Lei italiana de 19 de setembro de 1882, art. 6), 656 (inspirado em differentes autores),

658-660, 661 paragrapho unico, 662-665, 666 ns. VI, VIII e X, e 667 principio, 668, 669 (em parte), 670.

O registo não é condição indispensavel para a garantia do direito de autor (art. 673).

TITULO III

DIREITOS REAES SOBRE COISAS ALHEIAS

121. Direitos in re aliena. — Além da propriedade, são direitos reaes: I. A emphyteuse. II. As servidões. III. O usufructo. IV. O uso. V. A habitação. VI. As rendas constituidas sobre immoveis. VII. O penhor. VIII. A antichrese. IX. A hypotheca (art. 674). Não ha outros direitos reaes, mas ha direitos que devem ser considerados *onus reaes*: a "decima" (imposto predial) e outros impostos que recaem em immoveis (art. 677 paragrapho unico, Decreto n. 169 A, de 19 de janeiro de 1890); e effeitos como o do art. 1.197 do Codigo Civil. Não se regulou o direito de *superficie*, nem, sequer, a forma reduzida que apresenta no B. G. B., § 1.012 (*Erbbaurecht*). Cp. Lei alemã de 15 de janeiro de 1919.

122. Transmissão dos direitos in re aliena. — Os direitos reaes sobre coisas moveis, quando constituidos ou transmittidos por actos *inter vivos*, só se adquirem pela tradição (arts. 675, 620). Os direitos reaes sobre immoveis, constituidos ou transmittidos por actos *inter vivos*, só se adquirem depois da transcripção, ou da inscripção, no registo de immoveis, dos referidos titulos (arts. 676, 530 I, 856). Quando *causa mortis* a constituição, o usufructo tambem depende de transcripção (art. 715). A transmissão da posse dos moveis e

dos immoveis ao herdeiro opera-se immediatamente com a morte do que testou ou tem successores legitimos (art. 1.572).

No art. 1.572 só se fala em dominio e posse, mas, no systema do Codigo, os outros direitos reaes se transmittem no momento da morte.

123. Renda constituida sobre immoveis. — No artigo 674 n. VI, incluiu-se na lista dos direitos reaes a *renda* constituida sobre immoveis: já se havia o *legado* de prestação de alimentos expressamente attribuidos aos immoveis (Decreto n. 169 A, de 19 de janeiro de 1890, arts 1 e 6; Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, arts. 238 e 240), de modo que se construiu a *figura juridica* geral, em vez da especialissima figura, que então tinhamos, pois os censos, desde 1864, so eram direitos pessoaes, e não reaes, exceptuado o *legado*.

124. Alterações ao direito anterior. — A falta de notificação do senhorio do predio, quando quer alienar o dominio util o emphyteuta, torna *annullavel* a alienação (arts. 683, 685); pode ser ratificada, ainda que seja pelo simples recebimento do fôro ao novo emphyteuta ou do laudemio devido pelo alienante, de modo que não ha, no Codigo, para este caso, a sancção de commisso, que existia nas Ord., Liv. IV, tit. 38, § 1°.

Tomou-se ao Codigo Civil portuguès, art. 1.618 § 1°, o dispositivo do art. 684, relativo á preferencia do foreiro, no caso de venda do dominio directo, faltando, porém, a sancção.

Ao Codigo Civil italiano, art. 1.560 ultima parte, buscou-se o final do art. 687, com a novidade da inscripção da renuncia.

O disposto no art. 692, I e III, provêm do Codigo Civil portuguès, arts. 1.672 e 1.663.

Manteve-se a subemphyteuse (art. 694), oriunda do direito costumeiro, mas, na construcção juridica, ousou-se o que não haviam ousado os juristas do Seculo XVI, em Portugal. Fruto do costume, diziam elles o que lhes parecia a subemphyteuse, mas evitavam construi-la logicamente, como segundo grau da emphyteuse, ou direito real, nascido, como segundo dominio util, no subemphyteuta. O proprio Alvaro Valasco (1), que via formar-se no subemphyteuta novo dominio util inferior, de modo que o emphyteuta se colloca em posição semelhante á do *dominus directus*, só o aponta como phenomeno á maneira do que se dá entre o senhor directo e o emphyteuta. Francisco Pinheiro (2), que parecia seguir as mesmas idéas, adeante se junta aos mais praxistas, contra Valasco, para assentar que ao subemphyteuta se transfere o dominio util do emphyteuta pela impossibilidade de *in solidum* pertencer aos dois. Sómente Lacerda de Almeida (3), medievalizador catholico do direito, irá, em 1908, ao extremo de construir a subemphyteuse como direito real de segundo grau; e tal influencia religiosa levará o Codigo Civil a este recúo de tantos seculos.

No art. 698, adoptou-se o principio da transcripção das sentenças declaratorias das servidões adquiridas por usucapião, como, em geral (art. 676), das constituidas, e de quaesquer direitos reaes, e no art. 697 declarou-se que as servidões não apparentes só podem ser estabelecidas por meio de inscripção no registo de immoveis, excluida, pois, a possibilidade de usucapião.

---

(1) *De Censu et Emphyteusi Tractatus*, Eborae, 1681, Disp. II, Sect. IV, § 1, n. 51, pag. 231.

(2) *De Censu et Emphyteusi Tractatus*. Disp. II, sect. IV, § 1°, n. 54, pag. 233.

(3) *Direito das Coisas*, § 94, pag. 464.

No art. 706, buscado aos arts. 258 e 259 do Codigo Civil de Zurique, inseriram-se dispositivos estranhos ao direito anterior, e differentes do art. 739 do Codigo Civil suiço.

Do Codigo Civil de Zurique, arts. 247-250, tambem se escreveram os arts. 707-712, relativos á extincção das servidões.

Quanto ao usufructo, além da definição legal, regulou-se o que recae em parte do patrimonio (art. 714); reconheceu-se, contra o direito anterior, fundado na velha doutrina de posse, a posse directa ou immediata do usufructuario (art. 718); buscou-se ao art. 281 do Codigo Civil de Zurique o art. 719; generalizaram-se a todos os titulos semelhantes ás apolices da divida publica as disposições relativas a ellas (art. 720); ao Codigo de Zurique, art. 286, tomou-se o disposto no art. 724, ao II Projecto alemão, § 948, o estatuido no art. 725. Extendeu-se ao preço recebido por meação de obra divisoria (artigo 643) o que se dispunha sobre o tesouro achado no predio usufruido (art. 727), e inseriu-se o art. 728, innovação do *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 728.

Quanto ás obrigações do usufructuario: tomou-se ao Codigo Civil de Zurique, art. 292, a disposição do art. 730; no mesmo Codigo e no português, art. 2.228 § 1º, inspiraram-se, respectivamente, o art. 734 e o paragrapho unico do mesmo artigo; do I Projecto alemão, §§ 1.001, 1.002, decorreu o artigo 735; do Codigo Civil de Zurique, arts. 296-298 o que se estatue nos arts. 736 e 737; do espanhol, art. 519, e do português, art. 2.249, houve-se o art. 738.

Quanto á extincção do usufructo: do *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 4.676, guardou-se a regra do art. 740, e do Codigo de Zurique, art. 300, a do art. 741.

No art. 743, oriundo do *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 4.712, mandou o Codigo que as necessidades pessoaes do

usuario se avaliassem conforme a sua condição social e o lugar onde viver, e do mesmo *Esboço* recebeu os arts. 744 e 747 (habitação).

Regulou-se a constituição de renda, com elementos colhidos no I Projecto alemão e originaes de Teixeira de Freitas e Coelho Rodrigues (arts. 749-754).

E' nova, na generalidade que apresenta, a disposição do art. 757.

Decorridos trinta annos da inscripção, extingue-se a antichrese (art. 760).

Exigiu-se instrumento ao penhor convencional, qualquer que seja o valor (art. 770), e a inscripção, se por instrumento particular (arts. 771, 761, 135, 796, 797).

A's pessoas que tinham direito de retenção, concedeu-se o *pignus tacite contractum* (art. 776).

São novas, provindas do Projecto de Coelho Rodrigues, arts. 1.697, 1.690, 1.692, 1.695, as disposições que ora se formulam nos arts. 797-801.

O art. 808, inspirado no Codigo Civil argentino, constitue regra nova.

A jurisdicção da hypotheca passou a ser civil, em vez de commercial (Decreto n. 169 A, de 19 de janeiro de 1890, artigo 14 § 10).

As minas, independentemente do solo, podem ser objecto de hypotheca (art. 810 VI).

No direito anterior (Decreto n. 169 A, de 19 de janeiro de 1890, art. 2 pr. e § 1; Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art. 110), os navios não podiam ser objecto de hypotheca; mas, por suggestão do Supremo Tribunal de Justiça do Maranhão (*Trabalhos da Camara dos Deputados,* vol. II,

pags. 32-35), o Codigo Civil adoptou os dispositivos dos arts. 810 VII, e 825.

São novos e vindos do *Projecto* de Coelho Rodrigues, artigos 1.661, 1.662, 1.667, 1.668, os dispositivos dos arts. 777-780.

O prazo do art. 782 é menor que os permittidos pelo direito anterior.

Do *Projecto* de Coelho Rodrigues (arts. 1.676-1.680) procedem as innovações dos arts. 784-788 (penhor precario), artigos redigidos em 1897, dos quaes o art. 1.676 corresponde, mas sem identidade, ao art. 885 do Codigo Civil suiço e ao artigo 1 da Lei franceza de 30 de abril de 1906.

Do *Projecto* de Coelho Rodrigues (arts. 1.681, 1.683-1.687) vêm os arts. 790-795 (caução de titulos de credito).

No direito anterior, sómente se exigia o registo geral ao penhor agricola de mais de cinco contos de réis e os de menor valor registavam-se em cartorios (Decreto n. 370, de 1890, arts. 369, 370), ao passo que, no Codigo art. 796, a inscripção é de mistér em quaesquer casos.

Inspirado no Codigo dos bens para o principado do Montenegro, art. 213, regulou-se a remissão da hypotheca pelo credor da segunda (art. 814).

No art. 817 2ª parte, dispôs-se sobre a prorogação da hypotheca que attingiu trinta annos.

No art. 818 ha innovações.

Despreza-se, no art. 820, o Decreto n. 169, de 1890, que não tratou de substituição da hypotheca pela fiança idonea e volve-se, em parte, á Lei n. 1.227, de 24 de setembro de [illegible], art. 10 § 11.

São dispositivos novos os dos arts. 821, 822, 826 2ª parte, 829, 830, 836, 839, 840, 843, 851, 852, 855 (hypotheca de vias ferreas), 856 II, 858, 859.

No direito anterior, o registo não provava o dominio; não constituia *titulo*, nem *presumpção*. No Codigo Civil, art. 859, adopta-se, do direito alemão (*Preuss. Eigentumserwerbsgesetz* de 5 de maio de 1872 § 7; B. G. B. § 891) a presumpção da juridicidade dos livros de registo (Vermütung der Richtigkeit des Registers).

No § 843 1 alinea do I Projecto (§ 813 1ª alinea, do II Projecto, § 894 B. G. B.), inspirou-se o art. 860.

CAPITULO IV

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES (LIVRO III)

TITULO I

MODALIDADES DAS OBRIGAÇÕES

125. Especies de obrigações, solidariedade, clausula penal. — Neste titulo, quasi todas as regras são doutrinarias: definições, conceitos, principios fundamentaes. O capitulo I trata, em secções especiaes, das obrigações de dar coisa certa, e das de dar coisa incerta; o II, das de fazer o III, das de não fazer; o IV, das obrigações alternativas; o V, das divisiveis e indivisiveis; o VI, das obrigações solidarias; o VII, da clausula penal. A elaboração é brasileira, com o material commum da sciencia.

125 A. Alterações ao direito anterior. — Nos artigos 865-873, os dispositivos provêm de innovações do *Esboço* de Teixeira de Freitas, arts. 903, 904, nos quaes se inspirou o Codigo Civil argentino e, agora, o brasileiro.

Os arts. 876, 877, 880, 882, 890, são correspondentes ao Codigo Civil argentino, arts. 603, 604, 628, 632, 674 e 675, e

art. 884, § 2º, provém, directamente, do Codigo Civil argentino, art. 640.

Os arts. 886, 887, differem do direito anterior e do Codigo Civil francês, arts. 1.193, 1.194, por influencia do *Esboço* de Teixeira de Freitas.

São novos: os arts. 891 paragrapho unico, 893, 901 (oriundo do *Esboço*, art. 1.013 2º), 906 (*Esboço*, art. 1.016 6º), 907 (*Esboço*, art. 1.016), 909, 921 ultima parte (Codigo Civil italiano, art. 1.213), 924 (differente da solução do direito romano e da solução do Codigo Civil francês, art. 1.231, e provinda do *Esboço*, art. 998), 929 (Codigo suiço das obrigações, art. 111).

126. Algumas comparações. — Alguns artigos merecem ser comparados a Codigos estrangeiros:

B. G. B., § 428:

"Sind Mehrere eine Leistung in der Weise zu fordern berechtig, dass jeder die ganze Leistung fordern kann, der Schuldner aber die Leistung nur einmal zu bewirken verpflichtet ist (Gesamtgläubiger), so kann der Schuldner nach seinem Belieben an jeden der Gläubiger leisten. Dies gilt auch dann, wenn einer der Gläubiger bereits Klage auf die Leistung erhoben hat."

A solução contraria a do direito communi (WINDSCHEID, *Pandekten*, II, § 296, nota 1), ao sächs. G. B. §

Codigo Civil, artigo 898:

"Emquanto algum dos credores não demandar o devedor commum, a qualquer daquelles poderá este pagar".

Na doutrina anterior, era vigente o principio da prevenção que o artigo 899 conserva. Recorria-se aos textos romanos. Em COELHO DA ROCHA (*Instituições de Direito Civil*, § 118, discutiu-se a 2ª parte do art. 1.198 do Codigo Civil francês, e justificou-se a regra francesa em caso de obrigação divisivel. Mas o Codigo Civil brasileiro adoptou o

Code Civil, artigo 1.198:

"Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou l'autre des créanciers solidaires, tant qu' il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux.

Néanmoins la rémise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires, ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier".

A 2ª parte é estra-

1.023 e ao Codigo Civil francês, art. 1.198, afastou o principio da prevenção (*Präventionsprinzip*), que o Codigo Civil brasileiro entendeu conservar.

Cp. Pr. A. L. R., I, 5, § 450, que tem outra solução.

principio da equiparação da remissão, da novação e da compensação ás regras do pagamento (art. 900, paragrapho unico), no que corresponde ao B. G. B. nos §§ 429, 422, 423.

Quanto á confusão e a transacção veja os arts. 1.051, 1.031, § 2º.

nha ao Codigo Civil brasileiro, art. 899, e todo o artigo differe do § 428 do B. G. B.

B. G. B. § 423.

"Ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlass wirkt auch für die übrigen Schuldner, wenn die Vertragschliessenden das ganze Schuldverhältniss aufheben wollten".

Havia, no direito commum, a controversia se a remissão operava subjectiva (como no Pr. A. L. R., I, 5, § 451) ou *objectivamente* (Code Civil, art. 1.285). O B. G. B. considerou *quaestio facti*, em que se têm de indagar da vontade das partes (*Willensfrage*). Ver-se-á que desta solução se aproxima o Codigo Civil brasileiro, que regula a remissão subjectiva, porém não prohibe, está visto, a objectiva.

Codigo Civil, art. 906:

"O pagamento parcial feito por um dos devedores e a remissão por elle obtida não aproveitam aos outros devedores, senão até á concorrencia da quantia paga, ou relevada".

Provém do *Esboço*, de Teixeira de Freitas, art. 1.016, 6º, mais claro: "o pagamento parcial feito por um dos codevedores, ou a remissão por elle obtida para si pessoalmente, não aproveitará aos outros codevedores, senão para o effeito de diminuir a divida na parte correspondente ao pagamento ou remissão". Assim, o credor póde *dividir* a prestação, e *receber* uma *parte*, ou *perdoá-la*. Os outros devedores são solidarios pelo restante.

Code Civil, artigo 1.210:

"*Le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs, conserve son action solidaire contre les autres, mais sous la deduction de la part du débiteur qu' il a déchargé de la solidarité*". Art. 1.285: "*La remisse ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ses derniers.*

Dans ce cas, il ne peut plus repéter la dette que la déduction faite de la part de celui auquel il a fait remise".

B. G. B. § 343:

"Ist eine verwirkte Strafe unverhältnissmässig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetz werden.

Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Inter-

Codigo Civil, art. 920:

"*O valor da comminação imposta na clausula penal não póde exceder o da obrigação principal*".

Adopta-se o velho criterio da limitação maxima da pena convencional, no que differe do Codigo Civil

Codice Civile italiano, art. 1.230:

"Quando la convenzione stabilisce, che colui il quale mancherà di eseguirla, debba pagare una determinata somma a titolo di danni, non si può attri-

esse des Gläubigers. nicht bloss das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen Das Gleiche gilt auch ausser den Fällen de §§ 339, 342, wenn Jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt.

No direito commum, era *contra bonus mores* o que excedesse ou contrariasse os preceitos da moral (*Sittlich*). No Pr. A. L. R., 1, 5, § 301, interesse evidente. No Sächs. G. B. § 1.430, ha outro dispositivo. Adoptou-se criterio proprio; não se previu a execução (Code Civil, art. 1.231).

italiano, art. 1.230, português, art. 674, venezuelano, art. 1.296, 2ª parte, e do alemão, § 343, que adoptou criterio proprio. Ao juiz cabe reduzir a pena, independente da provocação da parte interessada: é de ordem publica o dispositivo, ao contrario do que occorre com o B. G. B.

No Codigo Civil francês, art. 1.231, só se disse que "la peine peut être modifiée par le juge lorsque l' obligation principale a été executée en partie". Compare-se com o art. 924 do Codigo brasileiro.

buire all' altra parte una somma maggiore o minore.

Lo stesso ha luogo, se l' accertamento dei danni è fatto sotto forma di clausola penale, o mediante caparra data al tempo del conchiuso contratto (art. 1.217).

B. G. B., § 339: Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein".

A móra é regulada no § 284.

Codigo Civil, artigo 921: *"Incorre de pleno direito, o devedor na clausula penal, desde que se vença o prazo da obrigação, ou, se o não ha, desde que se constitúa em móra".*

E' o systema do Codigo a respeito de móra. Nelle, dies interpellat pro homine; se não ha prazo, é necessario a interpellação judicial (art. 955).

Code Civil, art. 1230: *"Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doive être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure".*

TITULO II

EFFEITOS DAS OBRIGAÇÕES

127. Effeitos das obrigações. — Começa o titulo II pelo capitulo I (Disposições geraes) composto de dois artigos: no primeiro diz a lei que a obrigação, não sendo *personalissima*, opera, assim entre as partes, como entre os seus herdeiros (art. 928); no segundo, que aquelle que tiver promettido facto de terceiro responderá por perdas e damnos, quando este o não executar (art. 929). *Obrigações personalissimas* (terminologia de Teixeira de Freitas, no *Esboço,* art. 868) são as inherentes ás pessoas; por isto não passam aos herdeiros. São exemplos os casos dos arts. 402, 878, 1.148, 1.157, 1.158 paragrapho unico, 1.185, 1.233, 1.316 II, 1.413.

O capitulo II (Pagamento) comprehende sete secções: 1) de quem deve pagar; 2) daquelles a quem se deve pagar; 3) do objecto do pagamento e sua prova; 4) do lugar do pagamento; 5) do tempo do pagamento; 6) da mora; 7) do pagamento indevido. O Codigo Civil usou da palavra *Pagamento* para designar, em geral, a execução (*Erfüllung*). O Titulo II a que o B. G. B. (Livro II, secção terceira) deu a denominação — *da extincção das relações de obrigação* — chama-se, no brasileiro, *dos effeitos das obrigações.*

Os demais capitulos referem-se: ao pagamento por consignação (III); ao pagamento com subrogação (IV); á imputação do pagamento (V); á dação em pagamento (VI); á novação (VII); á compensação (VIII); á transacção (IX); ao compromisso (X); á confusão (XI); á remissão das dividas

(XII); ás consequencias da inexecução das obrigações (XIII); ás perdas e damnos (XIV); aos juros legaes (XV).

Houve-se do II Projecto alemão § 319 (B.G.B., § 379), que por sua vez se inspirara no H. G. B. art. 296, o art. 937 sobre pagamento ao portador da quitação.

Inseriram-se as regras dos arts. 940, 941, uma das quaes constitue novidade, — a sentença, no caso do art. 941, valer como quitação.

Da Lei federal (Bundesgesetz) suiça sobre direito das obrigações, art. 103, 105 (lei de 1911, arts. 90, 89 1ª alinea), receberam-se os arts. 942, 943, mas, quanto ao ultimo, já o *Esboço* de Teixeira de Freitas dizia, art. 1.110: "Tratando-se de prestações periodicas de uma só divida, ou de rendas, pensões, alugueres, juros ou premios, salarios e soldadas, a quitação dos ultimos vencimentos fará presumir o pagamento dos anteriores, se o credor a passar sem reserva, ou não provar o contrario" (Cp. Codigo Civil austriaco, artigo 1.429, argentino, 746, uruguayo, 1.462).

A ambigua redacção do artigo 945 pr. permitte que, á semelhança do direito suiço das obrigações (1881), artigo 104 (1911, art. 89 3ª alinea), não se distinga entre instrumentos publicos e particulares quanto á presumpção oriunda da entrega do titulo ao devedor. Outra era a tradição do direito brasileiro.

128. Pagamento em determinada moeda. — Inspirou-se no II Projecto alemão § 318 (B. G. B. § 369 2ª parte) o art. 946, 2ª parte, do Codigo Civil, com algumas differenças de forma.

B. G. B., § 244: "*Ist eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld im Inlande zu zahlen, so kann die Zahlung in Reichswährung esfolgen, es sei denn, dass Zahlung in ausländischer Währung ausdrücklich bedungen ist*".

Só o Codigo brasileiro admitte a opção por parte do credor (art. 947 § 3). Em todos os tres, trata-se de divida de dinheiro, *Geldschuld*, e não quando se trate de pagar corpo certo, ainda que moeda (Leistung einer bestimmten Quäntität von bestimmten Münzen). O que se deve é o valor da somma (*Wertschuld*), e não de determinada moeda como objecto.

Codigo Civil, artigo 947: "§ 1º *E'... licito ás partes estipular que se effectue em certa e determinada especie de moeda, nacional, ou estrangeira.*

§ 2º *O devedor, no caso do paragrapho antecedente, póde, entretanto, optar entre o pagamento na especie designada no titulo e o seu equivalente em moeda corrente no logar da prestação, ao cambio do dia do vencimento. Não havendo cotação nesse dia, prevalecerá a immediatamente anterior.*

§ 3º *Quando o devedor incorrer em móra e o agio tiver variado entre a data do vencimento e a do pagamento, o credor póde optar por um delles, não se havendo estipulado cambio fixo*".

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerichen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911. art. 84: "*Geschulden sind in Landesmünze zu bezahlen.*

Ist in dem Vertrage eine Münzsorte bestimmt, die am Zahlungsorte keinen gesetzlichen Kurs hat, so kann die geschuldete Summe nach ihrem Werte zur Verfalkeit dennoch in der Landesmünze b e z a h l t *werden, sofern nicht durch den Gebrauch des Wortes "effektiv" oder eines ähnlichen Zusatzes die wortgetreue Erfüllung des Vertrages ausbedungen ist*".

No Codigo Commercial, art. 431, "se a divida fôr de moeda metallica, na falta desta, o pagamento pode ser effectuado na moeda corrente do país, ao cambio que correr no lugar e dia do vencimento"; agora, pelo art. 947 § 2º, é o credor que tem a faculdade de optar entre a moeda estipulada e a corrente (differentes, Lei suiça das obrigações, artigo 84; B. G. B. § 245). A innovação provém do Projecto de Coelho Rodrigues, art. 525 § 2º, que falava em cotação mais proxima, quando faltasse a do dia: emendou-o para "anterior mais proxima" o Projecto de Bevilaqua, art. 1.092.

Tambem o art. 947 § 3º provém do projecto de Coelho Rodrigues, art. 525 § 3º, e dá ao credor a faculdade de optar, quando o credor estiver em móra e variar o preço da moeda estrangeira ou especie cotavel. O art. 948 não é novidade: provém de velha doutrina de G a m a, escripta no Seculo

XVI, e deve ter sido suggestão de Lacerda de Almeida (*Obrigações*, § 23).

Outras alterações ao direito anterior. Sem correspondencia nos demais codigos e no direito anterior, o art. 949 cria presumpção da vontade das partes: no Brasil, são differentes, conforme os lugares, alguns pesos e medidas.

Novo como lei, e não como doutrina, é o art. 950 paragrapho unico. Quanto ao art. 951, trata-se de presumpção, ou quer a lei que obrigatoriamente seja no lugar do immovel o pagamento? No *Esboço*, art. 1.058, falava-se em "presumir-se-á que deve ser feito". No Projecto de Bevilaqua, artigo 1.095, continúa expresso que se trata de presumpção. No Projecto revisto, art. 1.100, é que apparece o "deve". Mas havemos de interpretar como presumpção, ainda quando se trate da tradição do immovel (arts. 530 I, 533, quanto ao dominio; 493 III, v. g. entrega das chaves ao credor e transcripção do titulo de transferencia no registo do immovel).

A Ord. do Liv. IV, tit. 50, § 1, concedia o prazo de dez dias para a restituição do mutuo, e o Codigo Commercial, artigo 137, em geral, dez dias de espera. O Codigo Civil, artigo 952, á semelhança do *Esboço*, art. 1.064, e do direito suiço e alemão, determina que se tornem exigiveis, immediatamente, as obrigações sem prazo.

129. Móra. — Segundo o Codigo Civil, art. 955, *dies interpellat pro homine*. Independentemente do tempo, póde haver móra (*Verzug*), se não é feito o pagamento em lugar convencionado e pela forma devida, ou sómente se não fôr no lugar ou pela forma que se estabeleceu. Da mesma maneira, se o credor se recusa a receber no lugar que se assentou recebesse

ou pela forma que devera, ainda que não discorde do tempo, incorre em móra. O art. 956 inspirou-se no I Projecto alemão § 247, corresponde ao B. G. B. § 286. No Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 1.191, e no revisto, art. 1.105, o dispositivo não se achava na secção da móra, e sim no capitulo referente ás consequencias da inexecução das obrigações. Não constitue novidade a materia do art. 951, inseria-o Carlos de Carvalho, na *Nova Consolidação,* art. 876. Os damnos são resarcidos segundo o disposto nos arts. 1.059-1.061. O art. 957 foi inspirado no Projecto alemão § 251, mas não tem correspondente no Codigo brasileiro o dispositivo sobre negligencia (Fahrlässigkeit), que o I Projecto § 250 previra, e se juntara de impossibilidade por caso fortuito (*Zufall*), no § 287 do B. G. B. Mas está entendido que o devedor responde pela negligencia. Durante a móra do credor, o devedor sómente responde pelo dolo (art. 958). Provém do livro de Lacerda de Almeida, *Obrigações,* § 41, e parece-se, em parte, com o § 300 do B. G. B. Cumpre, porém, notar as semelhanças e as differenças: I) Semelhanças: *a*) o *dolo* do Codigo Civil corresponde ao *Vorsatz* e á *grobe Fahrlässigkeit* do B. G. B., isto é, culpa intencional e negligencia grave; *b*) o devedor tem direito ás despesas pela guarda e conservação da coisa; II) Differenças: 1) de *revelação do direito*: o Codigo alemão prevê o caso dos juros da divida, mas a solução brasileira seria a mesma; *b*) falta ao Codigo Civil brasileiro o § 302 H. G. B.; *c*) não ha na lei brasileira a regra para as despesas a mais (*Mehraufwendungen*) pela offerta inutil (*erfolglose Angebote*); 2) de *materia revelada; a*) o devedor do immovel não póde, no direito brasileiro, proceder como autoriza o § 303 do B. G. B.; *b*) o B. G. B. não cogita da differença de estimação da coisa entre o tempo do contracto e o do pagamento. O B. G. B. é evidentemente mais completo. Se

os redactores da lei brasileira tivessem attendido ao que já dispunham o I Projecto alemão, nos §§ 257, 259, 258, 261, e o II Projecto, §§ 254-258, dos quaes o § 257 é sem correspondencia no I, a lei tivera ganho, certamente, em precisão, constituindo, talvez, passo além, e não pequenos passos em caminho por outro mais afoutamente percorrido. O devedor (arts. 972 e seguintes) pode desobrigar-se, consignando o pagamento.

No Codigo Civil, a móra poderá ser purgada. Assim, reminiscencia do direito romano, de Celsus, extendida ao credor. O credor tambem pode purgar a móra, se se offerecer a receber o pagamento, e sujeitar-se aos effeitos da móra consummados até então. Se credor ou devedor renunciar aos direitos que a um ou outro advenham da móra, purgar-se-á ella. Pode tambem fazê-lo tacitamente, com a pratica de actos que revelem a vontade de se não aproveitar, no todo ou em parte, de taes direitos. Mas é de mistér ser inequivoco. São exemplos: o prazo concedido ao devedor moroso, a entrega da coisa sem apresentação de conta de despesas ao credor em móra, a novação operada com o devedor (1). O Codigo Civil não previu o caso de *mora debitoris* e *creditoris* simultaneas, praticamente inexistente, por difficil, mas daí não se ha de tirar que desautorize a compensação da móra. Se a móra é successiva? Só a ultima produz os effeitos?

A obrigação, cujo inadimplemento, no seu termo, põe em móra o devedor, é a positiva e liquida (art. 960); quer dizer; a de dar e a de fazer (pois que da obrigação de não fazer se trata no art. 961), uma vez que a prestação seja de coisa certa. Se não ha prazo, é de mistér a interpellação, notificação ou protesto. A interpellação pode não ser judicial (ao contrario do que queriam o *Esboço* e o Projecto de Clovis Bevilaqua).

---

(1) VON SALPIUS, *Novation und Delegation*, pag. 153.

O representante legal ou convencional pode fazê-la; não, porém, o gestor de negocios. Nas obrigações negativas, o devedor fica constituido em móra desde que pratique o acto de que se devera abster (art. 961). O art. 963 corresponde ao § 241 do B. G. B.

130. Pagamento indevido. — No systema do Codigo Civil, o enriquecimento indevido ou illicito (*ungerechtfertigte Bereicherung* do B. G. B.) não constitue figura especial de obrigação: distribue-se segundo as formas que apresenta (acto illicito, art. 159; condição resolutiva tacita, art. 119, como o caso de quem recebe doação para determinado casamento e este não se realiza; pagamento indevido, arts. 964-971). O que se pensa é que a semelhança não denuncia principio unificador, que justificasse a criação especial de uma figura, porém sustenta-se que ha, na lei, providencia para todos os casos possiveis de injusto enriquecimento. Tal o systema do Codigo; mas, na pratica, a necessidade de nova lei se evidencia. Ainda recentemente, em caso de contracto claramente immoral, a opinião publica sentiu a insufficiencia da lei brasileira. No *Esboço* de Teixeira de Freitas o pagamento indevido entrava na figura do erro essencial e foi tratado com segurança e minucia. No art. 965 está patente que persiste, no Codigo Civil, a tradição romana (L. 1 § 1, D., 12, 6).

Se o *solvens* pagou por ter sido condemnado judicialmente, tem de promover a annullação da sentença pelos meios legaes, e não a restituição fundada no art. 964. Quanto aos fructos, accessões, bemfeitorias e deteriorações, dispôs o art. 966. No art. 967, introduziu Clovis Bevilaqua proposição nova.

A lei brasileira permitte a reivindicação dos moveis; não tem a regra *en fait meuble, possession vaut titre.* De modo que o art. 968 só se refere ao bem immovel. O *Esboço* de Tei-

xeira de Freitas applicava regra semelhante, mas relativa a quaesquer coisas reivindicaveis. Convém comparar as tres soluções — a francesa, a argentina e a brasileira.

Code Civil, ar. 1380: "*Si celui qui a reçu de bonne foi, a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente*". Adoptou a restituição, salvo a regra "en fait de meuble, possession vaut titre". Se o pagamento foi *indevido*, raciocinam os francezes, é *sans cause* a relação juridica e applicar-se-á o art. 1.131, que nega effeito a taes convenções. Tinha, pois, razão o *Esboço* de Teixeira de Freitas em regular as relações entre o *solvens* e os terceiros adquirentes. Tratar sómente das relações entre o que paga e o que recebe, segundo a tradição dos textos romanos e de POTHIER, é deixar grandes lacunas na lei.	Codigo Civil brasileiro, art. 968: "*Se aquelle, que indevidamente recebeu um immovel, o tiver alienado tem boa fé, por titulo oneroso, responde sómente pelo preço recebido; mas, se obrou de má fé, além do valor do immovel, responde por perdas e damnos*. Paragrapho unico. *Se o immovel se alheou por titulo gratuito, ou se, alheando-se por titulo oneroso, obrou de má fé o terceiro adquirente, cabe ao que pagou por erro o direito de reivindicação*". Permitte-se a reivindicação: 1) se a alienação pelo que recebeu o pagamento foi feita a titulo gratuito; 2) se, feita por titulo oneroso, obrou de má fé o terceiro adquirente. Em todos os outros casos não se permitte a reivindicação. Mas é de notar que o Codigo Civil sómente cogitou do *immovel*. O *Esboço* falava de *coisa reivindicavel*.	Codigo Civil argentino, art. 787: "*Si el que de buena fe recibió en pago una cosa raíz, la hubiese enajenado por titulo oneroso ó por titulo lucrativo, el que hizo el pago puede reivindicarla de quien la tuviese*". Permitte, pois, a reivindicação: o que indevidamente recebeu não é dono da coisa, mas sim possuidor; não poderia alienar a propriedade que não tinha. Afastou-se, pois, do seu modelo, que quasi sempre foi o *Esboço* de Teixeira de Freitas. Influencia de DURANTON e de MARCADE'.

O que pagou ao incapaz por obrigação annullada não pode reclamar o pagamento se não provar que em proveito delle reverteu a importancia paga (art. 157). Não se falou no paga-

mento indevido independente do erro do *solvens* (doação *ultra vires hereditatis*), nem daquelles pagamentos em que, ainda existindo erro, não se dá a repetição do indevido (*Rückforderung des nicht Geschuldeten*): por exemplo, erro na *causa donandi*, e não na *causa debendi;* ou quando se tratar de transacção (*Vergleich*) e o engano recair na extensão dos direitos. Tratou-se, porém, das excepções dos arts. 970 (divida prescripta, obrigação natural), 971 (fim illicito, immoral ou prohibido por lei).

O art. 1.377 alinea 2ª do Code Civil passou, com accrescimos (referencias á prescripção e renuncia ás garantias), para o Codigo, art. 969.

131. Pagamento por consignação. — Um dos modos de extincção de obrigação é o deposito de pagamento (*Hinterlegung*). O art. 973 enumera, porém sem a extensão que devera ter, os casos de consignação. No art. 974, adoptou-se regra, oriunda do *Esboço* de Teixeira de Freitas, mais geral, menos casuistica, mais elegante, que a do Code Civil, art. 1.258. Antes do Codigo Civil brasileiro, outros codigos, como o espanhol, art. 1.177, e o argentino, art. 758, já naquella regra do *Esboço* se haviam inspirado. Em todos os casos do art. 973, é de mistér a citação: o art. 975, que só se refere aos ns. I a IV, é defeituoso (tanto mais quanto não abrange o outro caso do I) e omisso, porque não preveniu, como o B. G. B., § 340, a impossibilidade pratica (1) de citação. O deposito é requerido no lugar e opera desde então. Mas a lei brasileira não cogitou da remessa pelo Correio. No B. G. B. § 375, decide-se que a consignação retroagirá ao momento da remessa da coisa ao Correio. No direito brasileiro, não se dará isto,

(1) No § 340, impraticavel, *unthunlich*, não significa *impossivel*.

salvo se o permittir a natureza da obrigação. Aliás não parece de grande alcance a retrodatação facticia (fikticische Rückdatierung) do § 375. Nas leis processuaes brasileiras não ha referencia; devia havê-las, mas preferivel seria que a retrodatação se désse até o dia em que, em regra, chega o Correio, e sempre contra o devedor os perigos da remessa.

No art. 977, é depois da litiscontestação real, ou presumida, que se não pode levantar a coisa consignada, porque, então, já o autor não poderá desistir da instancia. Outro é o criterio que adoptam as legislações estrangeiras, inclusive o B. G. B. § 376 3. Faltou, porém, ao Codigo Civil, o disposto no § 376 1, mas deve ser a mesma a solução para o direito brasileiro. O art. 1.362 do Code Civil passou para o Codigo, art. 978; e o art. 979 inspirou-se no Codigo Civil português, art. 763. Do jurisconsulto francês Marcadé tirou o Codigo Civil argentino o seu art. 766, que passou ao uruguayo, artigo 1.489, e ao brasileiro, art. 981. As despesas da consignação, se procedente for julgado o deposito, correrão por conta do credor (Code Civil, art. 1.260; Codigo Civil, art. 983). Exonerar-se-á mediante a consignação o devedor da obrigação litigiosa; se pagar a qualquer dos pretendidos credores, tendo conhecimento do litigio, assumirá o risco do pagamento (artigo 983). Se a divida se vencer, pendendo litigio entre credores, que se pretendam, mutuamente, excluir, poderá qualquer delles requerer a consignação (art. 984). Derivaram os dois artigos da Lei suiça das obrigações de 1881, art. 188, mas, em vez de figurar no titulo ou capitulo da cessão (*Abtretung*), no Codigo brasileiro figura entre as disposições geraes sobre consignação.

132. Pagamento com subrogação. — No direito anterior, eram dispersas as regras sobre pagamento com subro-

gação (ius offerendi). O art. 985 provém do Code Civil, artigo 1.251, 1º a 3º; neste Codigo (4º), tambem se fala do herdeiro que paga as dividas da successão. No direito brasileiro, só por si não é motivo de subrogação. Noutros lugares ha allusão a casos particulares, arts. 814, 815, 891, 912, 1.495. Ha outras especies, fóra do direito civil: *a*) a favor de quem paga, em nome do devedor, dividas fiscaes (Ord., Liv. II, tit. 52, § 32), regra duvidosamente referida pelos escriptores; *b*) a favor de quem, por intervenção, paga a letra de cambio (Lei n. 2.044. de 1908, art. 4º paragrapho unico). Outro ha, que constitue lacuna do Codigo Civil: em favor do que é executado por divida alheia. Sempre se attendeu, no direito brasileiro, a este caso geral, mais geral que os do art. 985.

O art. 1.252 do Code Civil passou, simplificado na forma, para o art. 986. Cogita-se, no art. 986 I, de subrogação do credor. Em ambos os casos, no documento publico ou particular podem restringir-se os direitos do subrogado. Do *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.088, que inspirou o Codigo Civil argentino, art. 769 *in fine*, houve-se o art. 987. Do art. 1.089 o art. 988.

Codigo Civil Brasileiro, art. 989: "Na subrogação legal o subrogado não poderá exercer os direitos e as acções do credor, senão até a somma, que tiver desembolsado para desobrigar o devedor".

Subrogação legal, disse o Codigo. Porque tambem não a convencional? Porque, então, seria impedir a usura. "Isto", dizia ANDRADE FIGUEIRA (*Trabalhos da Camara dos Deputados*, vol. V, pag. 344), é incompativel com a nossa legislação, uma das primeiras que estabeleceram a liberdade da estipulação de juros, desde 1832". "Não posso comprehender", adeantava OLIVEIRA FIGUEIREDO, "a differença entre cessão e subrogação convencional".

Codigo Civil argentino, art. 771 3ª: "El subrogado no puede ejercer los derechos, y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente para liberación del deudor".

Tirou-se isto de MARCADÉ, uma das fontes do Codigo argentino, mas abrange a subrogação legal e a convencional. O Codigo brasileiro adoptou a regra, mas sómente na subrogação legal: deixou livre a fixação dos direitos do subrogado.

Codigo Civil uruguayo, art. 1.473 1º.

No caso de haver o subrogado sómente pago parte da divida, dispõe a lei brasileira, como decidiu o Code Civil, artigo 1.252 *in fine* e sustentara o *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.090 que, se os bens do devedor não bastarem para pagar ao subrogado e ao credor originario, terá preferencia este. Tambem assim resolveram o Codigo Civil português, art. 782, chileno. art. 1.612, espanhol, art. 1.212, uruguayo. art. 1.474, mexicano, art. 1.594, e o alemão, § 268 *in fine*. Marcadé, commentando o Code Civil, criticou-o fortemente, e propôs o *concurso*. Seguiu tal solução technica o Codigo Civil italiano, art. 1.254 2ª alinea: "Il creditore che fu solo in parte soddisfatto, e colui che gli fece il pagamento in parte, concorrono insieme a far valere i loro diritti in proporzione di quanto è ai medesimi dovuto". A jurisprudencia italiana manda, até, que se applique, por analogia, á cessão parcial. O Codigo Civil argentino, art. 772, separou-se do *Esboço*, que foi o seu maior inspirador, e adoptou a suggestão de Marcadé. Bem assim, o japonês, art. 502. Traços de tal innovação notavam-se no Projecto de Felicio dos Santos, art. 489, e no de Coelho Rodrigues, art. 533. Tal como se acha no systema do Codigo Civil o art. 990, devemos entender que não se applica á subrogação do credor (art. 986 n. I), porquanto esta obedece ás regras da cessão (art. 987); nem aos subrogados entre si, ainda que feitas em tempos differentes as subrogações parciaes. Cp. B. G. B. §§ 286 *in fine, 774*.

O systema romano-francês é mais technico; porque a subrogação não muda a natureza da obrigação com o credor; confere direitos ao subrogado, porém, se o credor admitte que só em parte seja reembolsado, seria injusto que se invocasse, contra elle, a subrogação. A phrase alemã, § 268 *in fine*, é incisiva. A solução italiana é sentimental. De certo será dispensavel

accrescentar, por ser claro, que a disposição do art. 990 só diz respeito ao credito subrogado, e não a outros a que possa o devedor ser obrigado ao credor ou subrogado. Se, no concurso com o credor, que recebeu o pagamento parcial, o subrogado tambem exhibe a quitação do restante por elle pago para exonerar o fiador, então exclue o credor, porque neste momento não representa sómente os direitos do subrogado, mas tambem os do fiador. A preferencia pode ser objecto de cessão por parte do credor, como o subrogado pode ceder os seus direitos.

133. Imputação do pagamento. — No caso de multiplicidade de dividas, da mesma natureza (art. 991), permitte-se a imputação do pagamento (*Anrechnung einer Erfüllung*). Cp. Code Civil, art. 1.253, italiano, art. 1.255, espanhol, 1.172, português, art. 728, alemão, 366. O Codigo Civil tirou do *Esboço* os dois dispositivos do art. 991; procedeu do mesmo modo o Codigo Civil argentino, arts. 773, 774. A estructura do instituto é a romana; não lhe fizeram alterações. A doutrina encherá as lacunas. Assim, o direito de fazer a imputação (*Bestimmung*) é unilateral (*einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft*), estabelecido precisamente em favor do devedor. Mas é commum ao terceiro, que pagar, nos casos em que o credor não pode excusar-se de receber. Se o credor permittir, poderá o devedor fazer imputação do pagamento na divida illiquida ou não vencida: é questão de vontade da parte interessada (*Esboço* de Teixeira de Freitas, artigo 1.092 2ª parte; Codigo Civil, art. 991 alinea 2ª).

Os arts. 992, 993, derivam, por intermedio do *Esboço*, arts. 1.095. 1.094, que lhes deu a forma, do Code Civil, artigos 1.255, 1.254. Quanto ao art. 994, a solução da lei brasileira differe da francesa, art. 1.256, e da italiana, 1.258.

Code Civil, art. 1256: "Lorsque la quittance ne porte aucune imputation, le payement doit être imputé sur la dette que le debiteur avait pour lors le plus d'intérêt d'acquitter entre celles qui sont pareillement échues; sinon, sur la dette échue, quoique moins onéreuse que celles qui ne le sont point.

Si les dettes sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne: toutes choses égales, elle se fait proportionellement.

Codigo Civil italiano, art. 1.258.

Codigo Civil brasileiro, art. 994: "Se o devedor não fizer a indicação do art. 991, e a quitação for omissa quanto á imputação, esta se fará nas dividas liquidas e vencidas em primeiro logar.

Se as dividas forem todas liquidas e vencidas ao mesmo tempo, a imputação far-se-á na mais onerosa".

B. G. B., § 366, 2ª alinea: "Trifft der Schuldner keine Bestimmung, so wird zunächst die f ä l l i g e Schuld, unter mehreren fälligen Schulden diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, unter mehreren gleich sicheren die dem Schuldner lästigere, unter mehreren gleich lästigen die ältere Schuld und bei gleichem alter j e d e Schuld verhältnismässig getilgt".

O *Esboço* adoptava outra solução: o devedor escolherá. se *liquidas* e *vencidas*. Censurava o criterio da *maior onerosidade*, por difficilmente verificavel. O Codigo Civil argentino não o seguiu; tem por fonte o Code Civil e a *Ley de Partida* (L. 10, tit. 14, Partida 5ª). No direito português (Codigo Civil, art. 729), entender-se-á que o pagamento é por conta da vencida e, entre as vencidas, da mais onerosa. considerando-se mais onerosa a que vença maior juro e a que esteja com garantia. Em igualdade de condições, a mais antiga (data da constituição da divida, e não do vencimento). E' a solução francesa.

O Codigo Civil brasileiro introduz no art. 994 a noção de divida liquida. Liquida é a divida que se define no art. 1.533. Provém do Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 1.134. E se todas forem igualmente onerosas? Dar-se-á a *pro rata* (Codigo Commercial. art. 433 4°). O B. G. B. § 366 2ª alinea, segue o mesmo criterio, que é o do Code Civil, art. 1.256; a differença está em que o brasileiro dá a seguinte ordem de

imputação: 1°) as liquidas e vencidas; 2°) as vencidas primeiro; 3°) as mais onerosas; 4°) *pro rata.* Code Civil: 1°) vencidas; 2°) mais onerosa; 3°) mais antiga; 4°) *pro rata.* B. G. B.: 1°) vencidas; 2°) a menos garantida; 3°) a mais onerosa para o devedor; 4°) a mais antiga; 5°) *pro rata.* Neste procuravam-se conciliar os dois principios: presumpção em favor do devedor (Code Civil, art. 1.256, italiano, 1.258, português, 729, brasileiro, 994); presumpção de *acôrdo* dos interesses do devedor e do credor (*Allgemeines Preuss. Landrecht,* I, 16, § 166). Daí vir em segundo lugar o criterio da divida menos garantida (*dem Gläubiger geringere Sichlerheit bietet*), porém, em terceiro, sendo todas igualmente garantidas (*unter mehreren gleich sicheren*), a mais onerosa (*lästigere*) ao devedor.

134. Dação em pagamento. — Regulou-se a dação em pagamento (*Hingabe an Zahlungsstatt*). Do direito romano recebe-se a definição (cp. B. G. B., § 364). Do *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.117, que tambem inspirou outros codigos (argentino, art. 781, uruguayo, art. 1.491 2ª parte), deriva o art. 996: *in solutum dare est vendere.* Se fôr titulo de credito a coisa dada em pagamento, a transferencia importará em cessão (art. 997; fonte, o *Esboço,* art. 1.118, que tambem o foi do argentino, art. 780, do uruguayo, artigo 1.491 1ª parte). Neste ultimo caso, portanto, a operação deve ser notificada ao devedor (art. 1.069) e o solvente fica responsavel pela existencia do credito (art. 1.073).

No direito alemão, o devedor deve prestar garantia pelos vicios de direito e da coisa (*wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache*), § 365. No Codigo Civil argentino, art. 783, e uruguayo, art. 1.493, no caso de

evicção (*Entwährung*), o credor terá acção contra o devedor, porém não poderá reviver a obrigação primitiva. A fonte de ambos foi o *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.119. A solução do Codigo Civil brasileiro é differente: preferiu-se Marciano (L. 46, pr., D., 46, 3) a Ulpiano (L. 24, D., 13, 7). A concordata (direito commercial) não produz novação (Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908, art. 114).

135. Novação. — Quanto á novação, receberam-se os arts. 1.271, 1.273, 1.274 do Code Civil (arts. 999-1.001); mas o art. 1.002 deriva do Projecto de Clovis Bevilaqua, artigo 1.142 (mais geral do que o Code Civil, art. 1.276) e do *Esboço*, arts. 1.124, 1.125, 1.128, 1.137 os arts. 1.003-1.006, 1.008. Quanto ao art. 1.007, cumpre examinar as fontes:

Esboço, art. 1.136: "Se o acto juridico da obrigação anterior fôr nullo por nullidade absoluta, tambem será nullo o contracto da nova obrigação".

Art. 1.137: "Mas se o acto juridico da obrigação anterior fôr nullo por nullidade relativa ou fôr annullavel, a novação se achar extincta ao tempo em que a segunda fôr contraida, ficará a novação sem effeito". Art. 812: Se a obrigação primitiva fôr absolutamente reprovada por lei, ou tal que não possa ser sanada ou confirmada, será nulla a obrigação que a substituir".

Codigo Civil Argentino, art. 802: "La novación supone una obligación anterior que le sirve de causa. Si la obligación anterior fuese nula, ó se hallaba ya extinguida el dia que la posterior fué contraida, no habrá novación".

As obrigações não susceptiveis de novação são as *extinctas* e as *nullas* (Codigo Civil, art. 145) e não as *annullaveis* (art. 147).

136. Compensação de dividas. — Regulou-se a compensação de dividas (*Aufrechnung*). A *legal* resulta da lei e deve ser allegada em juizo, não podendo o juiz, por si só, pronunciá-la. Os effeitos retroagem á data em que se verificou (Teixeira de Freitas, *Consolidação,* art. 841, nota 2). A *voluntaria* suppõe vontade das partes e póde comprehender a divida ainda não exigivel: ao tempo do negocio juridico que operou a compensação remontam os effeitos della. Não se confundem com a *reconvenção* (Widerklage), instituto de direito processual. São requisitos para a compensação (arts. 1.010, 1.011): ser liquida (cp. art. 1.533), vencida e de coisa fungivel da mesma especie (art. 1.010, que omittiu "da mesma especie", talvez por ter considerado a fungibilidade das prestações e dellas entre si) e da mesma qualidade, quando especificada esta no contracto (art. 1.011). Os arts. 1.011 e 1.012 provêm do *Esboço,* arts. 1.164, 1.265. Este dizia: "Tambem não serão compensaveis duas dividas, que tenham por objecto a entrega de coisas incertas não fungiveis, e só determinadas pela sua especie, se a escolha competir respectivamente aos dois credores, ou se competir sómente a uma das partes como devedor de uma das obrigações e credor da outra".

A e B são, respectivamente, credor e devedor numa relação juridica e devedor e credor noutra: os dois credores têm o direito de determinar a prestação, um dirá que dá o cavallo *a* e o outro o cavallo *b*; não são compensaveis as dividas. Tambem não no serão, se na 1ª relação juridica A como credor determinar o cavallo *a* e, na 2ª, como devedor, o cavallo *b*.

Porque? Clovis Bevilaqua, no commentario ao art. 1.012, não procurou a fonte do dispositivo, que foi o *Esboço*. Quer o art. 1.012 que se não invoque compensação no caso de escolha pelos credores, ou por uma das partes, como devedor, e pela outra, como credor. Se couber aos credores, sim, *a contrario sensu*: porque, então, o que receber póde re-entregar o que recebeu. Não foi absurdo o que previu Teixeira de Freitas: trata-se de coisas não fungiveis, porém que, pelo contracto, foram determinadas pela especie, v. g., cavallo, carneiro, e um deve a outro a mesma coisa. *Em si* não são fungiveis, os contractos só as designaram pela especie, *genus* dos romanos. No caso dos dois credores terem a escolha, o que escolheu um dos do outro póde não querer que o outro o obste, pela compensação, a este pagamento que lhe apraz. Se um é credor e opta pelo cavallo *a*, póde não querer que o outro allegue a compensação e, como devedor com direito de escolha, fique privado de dar ao seu credor outro cavallo que não seja aquelle que, como credor com direito da escolha, entendeu escolher. Mas se ambos são devedores com opção, os inconvenientes cessam: o que der o cavallo *a*, suppõe-se que o deu no seu proprio interesse, e o outro, se lho devolve, em pagamento da outra divida, tambem no seu proprio interesse o fará. A indeterminação, quando são os devedores que escolhem, equivale á fungibilidade. O art. 1.151 do Projecto de Clovis Bevilaqua é que não poderia explicar-se: considerava compensaveis naquelles casos (escolha pelos dois credores; por uma parte, como devedor, e por outra, como credor). O commentario de Clovis Bevilaqua ao art. 1.012 é inadmissivel. Seria difficil que Freitas inserisse, no seu *Esboço*, artigo absurdo. Creio que se inspi-

rou em Voet. *Commentarius ad Pandectas*, XVI, 2, 18, e em Molitor, *Les obligations en droit romain*, n. 995, porém a regra excede a ambos em abrangencia.

As regras do Code Civil, arts. 1.294 1ª alinea, e 1.292, passa aos arts. 1.013, 1.014. Não se declarou, como aquelle Codigo, a impossibilidade de invocar o devedor compensação com o que o seu credor deve ao fiador, etc.: o art. 1.013 é geral e simples. A differença de causa nas dividas não impede a compensação, excepto: I) se proviér de esbulho, furto ou roubo; II) se uma se originar de commodato, deposito ou alimentos; III) se uma fôr de coisa não susceptivel de penhora (art. 1.015). Têm-se por impenhoraveis no direito brasileiro: *a*) os bens inalienaveis; *b*) os ordenados e vencimentos dos magistrados e empregados publicos; *c*) os soldos e vencimentos militares; *d*) os soldos da gente de mar e os salarios dos guarda-livros, cacheiros e operarios; *e*) os equipamentos dos militares; *f*) os utensilios e ferramentas dos mestres e officiaes de officinas mecanicas que forem indispensaveis ás suas occupações ordinarias; *g*) os materiaes necessarios para as obras; *h*) as pensões, tenças e montepios; *i*) os fundos sociaes quanto ás dividas particulares do socio; *j*) o que fôr indipensavel para a cama, vestuario do executado e de sua familia, não sendo precioso; *k*) as provisões de comida que se acharem em casa do executado; *l*) os immoveis accessorios, material fixo e rodante das estradas de ferro separadamente; *m*) os bens dotaes; *n*) as embarcações de alto mar; *o*) os bens da nação, do Estado e do municipio; *p*) as apolices da divida publica.

O art. 1.016 provém do *Esboço*, art. 1.169 1°. O Codigo Civil italiano, art. 1.289, é posterior ao *Esboço*. O prin-

cipio romano (L. 46, § 5, D., 49, 14) passou, por intermedio da doutrina vigente, ao art. 1.017. Ao Projecto de Bevilaqua pertencem os arts. 1.018, 1.019 (Lei suiça sobre direito das obrigações, art. 135). No ultimo artigo, a redacção é bem mais ampla do que a fonte, deve entender-se: obrigando-se por terceiro uma pessôa, não póde compensar esta divida com o que lhe deve o outro contraente (Lei suiça, art. 135), nem o que lhe deva qualquer outro credor do terceiro.

No Code Civil, art. 1.294 3ª alinea, dispõe-se que "le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur". Domat e Marcadé preferiam o opposto. O Codigo Civil italiano, art. 1.290 2ª alinea, adoptou a nova solução. Seguiram-no o argentino, art. 830, o venezuelano, art. 1.358 2ª alinea, e o brasileiro, art. 1.020.

No art. 1.021, a primeira parte vem da doutrina anterior e do Code Civil, art. 1.295, mas a segunda parte constitue innovação do Projecto revisto, art. 1.169. E se, notificada a cessão, o credor se oppôs? Ter-se-á de decidir se tem ou não razão. O caso de falta de notificação é que precisava constar de dispositivo claro e nisto melhor do que o Code Civil andou o Codigo brasileiro. Tambem não se compensam, entre o devedor cedido e o cessionario, os creditos posteriores á cessão notificada; e bem assim os creditos do devedor cedido e dos cessionarios intermediarios (*Esboço,* art. 1.181). Do Code Civil, arts. 1.296-1.298, derivam os arts. 1.022-1.024. Depois da penhora já o devedor não póde pagar ao credor, e sim ao exequente (art. 938): portanto, não seria possivel a compensação.

137. Transacção. — Regulou-se a transacção (*Vergleich*). Devido á influencia de Teixeira de Freitas, apparece entre os processos de extincção das obrigações (*Preuss. Landrecht,* Codigo Civil austriaco) e não entre os contractos (Code Civil e demais até o B. G. B.). São doze artigos. No B. G. B. só existe um: o § 779, que occupa todo um titulo, mas laconico e lacunoso. No brasileiro, além da definição (art. 1.026), dispõe-se: sendo nulla qualquer das clausulas da transacção, nulla será esta (art. 1.026; fonte: Codigo Civil argentino, art. 834).

Do *Esboço,* art. 1.200 1ª parte, proveio o art. 1.027 1ª parte. Naquelle projecto tambem se inspiraram o Codigo Civil espanhol, art. 1.815 1ª alinea, o argentino, 835 1ª parte. e o uruguayo, art. 2.149; mas a forma do dispositivo brasileiro é, aproximadamente, a do Codigo argentino, mais elegante, neste ponto, que a do *Esboço.* O resto do art. 1.027 deriva do mesmo Codigo, art. 836. Se a transacção recair sobre direitos contestados em juizo, far-se-á: I) Por termo nos autos; assignado pelos transigentes e homologado pelo juiz (*Esboço,* art. 1.203, que tambem exigiu "duas testemunhas", mas o Codigo argentino já riscára, art. 838); II) Por instrumento publico, nas obrigações em que a lei o exige, ou particular, nas em que ella o admitte (*Projecto revisto,* art. 1.176). No *Esboço,* art. 1.203 *in fine,* dizia-se: "ou por escriptura publica, que depois se junte aos autos em virtude de despacho do juiz. Antes da juncção da escriptura aos autos, a transacção não se haverá por consummada". Assim o argentino e o uruguayo. O Projecto revisto não só permittiu o instrumento particular como tambem dispensou a juntada aos autos.

Mas se o objecto da transacção exigia, para a constituição ou transmissão de direitos, escriptura publica, esta será de mistér. Censurou-o Clovis Bevilaqua: "A transacção não é constitutiva nem translativa de direito, consequentemente não está subordinada á regra do art. 134 II; e o Codigo devia dizer que ella se faz por escriptura publica, ou por instrumento particular, conforme os direitos litigiosos concernirem a immoveis ou a moveis, — e não remetter o caso áquella regra, sem applicação á especie, dizendo que se effectua por instrumento publico, nas obrigações, em que a lei o exige, ou particular, nas em que ella o admitte". A mesma censura cabe ao art. 1.039. Quanto aos effeitos extinctivos que tem a transacção, allude á *res iudicata*. Podia ser mais feliz a formula do art. 1.030.

A transacção não aproveita nem prejudica senão aos que nella intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisivel (art. 1.031; fonte: Codigo Civil argentino, art. 851; cp. Code Civil, art. 2.051, português, art. 1.716). Se entre um dos credores solidarios e o devedor, extingue a obrigação deste para com os outros credores. Se entre um dos devedores solidarios do credor, extingue a divida em relação aos co-devedores (art. 1.051 §§ 2, 3): fonte: *Esboço*, art. 1.208). Se a transacção fôr entre o credor e o devedor principal, desobrigará o fiador (art. 1.031, § 1º) "ou fiadores", accrescentava o *Esboço*, de onde provêm o paragrapho brasileiro e o art. 852 do Codigo argentino, "ainda mesmo que estes tenham já sido condemnados ao pagamento por sentença passada em julgado".

Code Civil, artigo 2.050:

"Si celui qui avait transigé sur un droit qu'il avait de son chef, acquiert ensuite un droit semblable du chef d'un autre personne, il n'est point, quant au droit nouvellement acquis, lié par la transaction antérieure".

Codigo Civil, artigo 1.032: "Dada a evicção da coisa renunciada por um dos transigentes, ou por elle trnsferida á outra parte, não revive a obrigação extincta pela transacção; mas ao evicto cabe o direito de reclamar perdas e damnos.

Paragrapho unico. Se um dos transigentes adquiriu, depois da transacção, novo direito sobre a coisa renunciada ou transferida, a transacção feita não o inhibirá de exercê-lo".

Codigo Civil argentino, art. 851: "La evicción de la cosa renunciada por una de las partes en la transacción, ó transferida á la otra que se juzgaba con derecho á ella, no invalida la transacción, ni da lugar á la restitución de lo que por ella se hubiese recibido".

Art. 855: "La parte que hubiese transferido á la otra alguna cosa como suya en la transacción, si el poseedor de ella fuese vencido en juicio, está sujeta á la indemnización de pérdidas é intereses; pero la evicción sucedida no hará revivir la obligación extinguida en virtud de la transacción".

Art. 856: "Si una de las partes en la transacción adquiere un nuevo derecho sobre la cosa renunciada ó transferida á la otra que se juzgaba con derecho á ella, la transacción no impedirá el ejercicio del nuevo derecho adquirido".

Os dispositivos do Codigo argentino e do brasileiro derivam, se bem que differentes, do *Esboço*. Neste, se um dos transigentes adquirir, depois da transacção, novo direito sobre a coisa renunciada por um delles, ou transferida ao outro que a ella se julgava com direito, a transacção em nada impedirá o exercicio desse novo direito adquirido (art. 1.210). Passou ao art. 1.032 paragrapho unico do Codigo, e ao art. 856 do argentino. Não se deu o mesmo com os arts. 1.211, 1.212, do *Esboço*. Se a coisa, que foi renunciada ou transferida á parte que se julgava com direito a ella, for evicta, nada acontecerá

(argentino, art. 854), ao passo que, no *Esboço,* art. 1.212. ter-se-ia de restituir o recebido. Se a coisa foi transferida á outra parte como se fôra do transferente, ficará este sujeito a perdas e damnos, mas a obrigação extincta não se reviverá (argentino, art. 855; Esboço, art. 1.211). A lei brasileira generalizou: o art. 1.211 do *Esboço* é adoptado, mas indistinctamente para o caso de transferencia da coisa como do transferente ou ao que se julgava com direito a ella.

A transacção póde ter como objecto a indemnização resultante de delicto, mas a acção penal não será, por isto, obstada (art. 1.033). A responsabilidade penal é independente da civil (art. 1.525); deste modo a transacção póde ser feita sem que isto impossibilite a acção por queixa da parte offendida. Transacção não é perdão da offensa. O Code Civil, arts. 2.047, 2.056, inspirou os arts. 1.034, 1.036 1ª parte.

Sómente quanto a direitos patrimoniaes de caracter privado se permitte a transacção (art. 1.035). Dentre estes, os inalienaveis são excluidos. E' permittida a transacção quanto a alimentos vencidos ou futuros, em se tratando de pessôa capaz. O que não é susceptivel de transacção é o direito a alimentos (art. 404).

Será nulla a transacção, quando, por titulo ulteriormente descoberto, se verificar que nenhum delles tinha direito sobre o objecto da transacção (art. 1.036 ultima parte).

A solução é differente do que trouxeram os outros Codigos, como, de um lado, o francês, art. 2.057, o italiano, art. 1.177, o venezuelano, art. 1.783, que distinguem a transacção sobre todos ou sobre objecto determinado; e, de outro lado, o uruguayo, art. 2.164, o chileno, art. 2.459, que attendem á bôa ou má fé dos transactores.

No dizer que a transacção opera com *res iudicata* não foi feliz a lei, mas a censura de Clovis Bevilaqua e de J. L. Alves é sem razão: póde haver sentença passada em julgado sem conhecimento das partes. Exemplos: no caso do herdeiro, que desconhecia o pleito; no caso de ausente, quando a acção correu com o Curador Geral de Ausentes; no caso de procuração com poderes para receber citação, se o mandante ignora a decisão final.

Acto juridico, a transacção é annullavel por dolo, violencia, erro, etc. Além dos dois casos de erro apontados pelo Codigo (art. 1.036), tambem o constituem os seguintes: se versar sobre instrumentos nullos, que, só depois, forem reconhecidos como taes (*Esboço*, art. 1.204, § 1º); se a transacção se fundou em instrumentos annullaveis, e não se fez allusão a isto (2º); se fundada em instrumentos falhos ou falsificados, se a transacção não fôr relativa á supposta falsidade (3º). Mas, como bem dizia o *Esboço*, art. 1.204, pr., a enumeração é "sem prejuizo das disposições geraes sobre o erro quanto á pessôa e objecto".

138. Compromisso. — O compromisso é considerado maneira de extinguir as obrigações, e não contracto.

As pessôas capazes de contrair compromisso poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escripto, em arbitros que lhes resolvam as pendencias judiciaes ou extrajudiciaes (art. 1.037). No Projecto de Coelho Rodrigues falava-se em pessoas que pudessem "transigir" (art. 692); no de Bevilaqua, art. 1.177, em capazes de "alinear". A formula vém do revisto, art. 1.185. Clovis Bevilaqua só desejava, no Codigo, o que não constituisse materia processual. Seria, de certo, deixar demasiado variavel o instituto. Se bem que a Constituição da Republica dê aos Estados a legislação

processual, sempre se tem entendido que algumas regras, de direito de processo, podem ser consideradas essenciaes á estructura das instituições de direito civil. No art. 1.038, diz-se que o compromisso póde ser judicial e extrajudicial. Quanto ao segundo, póde ser por termo nos autos, perante o juiz do litigio, instrumento publico, ou particular, assignado pelas partes e duas testemunhas. Se ha litigio, ter-se-á sempre de fazer por termo nos autos, em qualquer tempo da lide ou em qualquer instancia. Na transacção, o instrumento publico particular tambem ha de ser assignado pelas partes e pelas duas testemunhas, mas a lei não disse, por considerar geral aos actos juridicos o art. 135. Ha, assim, certa incongruencia technica entre a redacção do art. 1.038 e a do art. 1.028, II.

Nos arts. 1.039, 1.042, 1.044, 1.046, 1.047, copiam-se regras do direito anterior. Porém, no art. 1.043, apagam-se as prohibições a certas pessoas quanto a serem nomeadas arbitros. Assim, só são incapazes para o juizo arbitral as pessoas a que se referem os arts. 5 e 6, e não podem ser applicadas, por offenderem á lei federal, as leis processuaes dos Estados (Estado do Rio de Janeiro e da Bahia, por exemplo) que tenham mantido todas ou qualquer das excepções do Reg. n. 3.900. Estas excepções eram as seguintes, além das dos arts. 5 e 6: mulher; surdo-mudo, em geral; cego; analphabeto; estrangeiro, quc não souber a lingua nacional. Quanto ao inimigo e o amigo intimo, os que tiverem interesses na decisão da causa, são excluidos pelo Codigo Civil, mas por não merecerem a confiança das partes. No livro *Nova Consolidação das Leis referentes á Justiça federal*, Candido de Oliveira Filho incluia, em 1923, as excepções do Reg. n. 3.900, mas nem tal consolidação tem força da lei, nem houve alteração legislativa ao disposto no Co-

digo Civil. O que podem os Estados é vedar aos seus juizes a aceitação de juizo arbitral; mas á mulher, não. Tão pouco ao cego, ao analphabeto, ao estrangeiro, em materia que possam decidir. A Ord. do Livro III, tit. 16, § 8, não permittia que se deixasse aos arbitros divergentes a faculdade de nomear terceiro ou de poderem as partes, posteriormente, louvar-se nelle. O Codigo Civil expressamente o permitte, art. 1.040 V, mas no art. 1.042, dispõe que, se o não nomearam antes, nem no deixaram aos arbitros divergentes, com a divergencia destes se extinguirá o compromisso. Mas, em quaesquer casos, poderão confiar a um arbitro (novo compromisso), o que sempre será possivel (Decreto n. 3.900, art. 12), se bem que o Codigo, excepto no art. 1.045, fale em "arbitros". Feitas as nomeações dos arbitros, podem as partes, por commum acôrdo, substituí-los (Decreto n. 3.900, art. 31).

A sentença arbitral deve ser datada e assignada em commum pelos arbitros, se concordarem, e separadamente, se discordarem (Decreto n. 3.900, art. 48). Se discordarem, será a questão levada ao conhecimento do terceiro arbitro indicado no compromisso ou eleito pelos dois primeiros. O terceiro arbitro será, sempre, obrigado a conformar-se com a opinião de um dos arbitros; podendo, todavia, se a decisão versar sobre questões diversas, adoptar a opinião de um ou de outro, sobre cada um dos pontos divergentes (art. 55). O terceiro arbitro conferenciará com os outros discordantes, que, para isso, serão notificados, e sómente decidirá por si, não se reunindo os arbitros no prazo marcado para a conferencia (art. 56). A sentença resultará do que se vencer nas conferencias e será assignada por todos (art. 58).

As partes podem declarar, no compromisso, que o terceiro arbitro decidirá com inteira liberdade ou equidade, nos pon-

tos em que os anteriores discordarem, e não ficará sujeito á opinião de um e de outro. No caso de mais de dois arbitros, póde ser decidida por maioria.

Ainda que o compromisso contenha a clausula "sem recurso" (o que se entende, se o contrario não foi disposto, art. 1.041), será admittido: se tem fundamento na nullidade ou extincção do compromisso, ou no excesso de poderes por parte do arbitro (art. 1.046). O compromisso, como qualquer acto juridico, é nullo ou annulavel nos casos dos arts. 145, 147. Extingue-se o compromisso: nos casos dos arts. 1.042, 1040 I; se fallecer ou se recusar ou não poder exercer o cargo um dos arbitros, sem que haja substituto. Se uma das partes fallecer, deixando herdeiro menor (Decreto n. 3.900, art. 26; Clovis Bevilaqua, commentario ao art. 1.046). Para incluirmos este caso teremos de incluir o de deixar herdeiros interdictos e o de interdicção superviniente da parte. Mas o compromisso, uma vez feito, não constitue acto juridico, para o qual a capacidade é a do momento do acto?

Ao compromisso, diz o art. 1.048, applicar-se-á, quanto possivel, o disposto acerca da transacção (arts. 1.025-1036). Provém do Codigo espanhol, art. 1.821, através do Projecto de Coelho Rodrigues, art. 704, e do de Bevilaqua, art. 1.178. São regras communs á transacção e ao compromisso: a da indivisibilidade (art. 1.026); de restrictivamente se interpretarem (art. 1.027); a de serem *declaratorios* e não *constitutivos* ou *modificativos* de direitos (art. 1.027); a de só aproveitarem ou prejudicarem aos que transigirem ou se comprometteram (art. 1.031); a de não causarem a perempção da acção criminal (art. 1.033); a de só poderem recair em questões patrimoniaes, excepto, ainda, quando inalienaveis os bens. O tutor do menor, havendo autorização do juiz, póde

transigir (art. 427 IV); mas não póde assignar compromisso. Dir-se-á o mesmo quanto ao curador do interdicto (art. 453).

O mandatario autorizado a transigir não o está para firmar compromisso (art. 1.295 § 2).

139. Confusão. — Regulou-se a confusão (arts. 1.049-1.052). Mas não se desceu á caracterização. Assim, não figuram no Codigo algumas regras, posto que implicitas no conceito de confusão, por exemplo: *a)* o usufructuario da herança não confunde o seu debito para com ella com o seu debito de usufructo, porque não é credor da herança; mas os juros da divida confundem-se com os rendimentos que vae usufruir; *b)* a confusão do direito do credor com a obrigação do devedor principal extingue a obrigação accessoria do fiador, mas a confusão do direito do credor com a obrigação accessoria do fiador não extingue a obrigação do devedor principal (Code Civil, art. 1.301 1ª e 2ª alineas; *Esboço,* art. 1.193). A confusão póde verificar-se a respeito de toda a divida ou só de parte della (art. 1.050). O *Esboço,* art. 1.192, 1ª parte, que foi a fonte, accrescenta (2ª parte, adoptada no argentino, art. 864): "Quando o credor não fôr o unico herdeiro do devedor, ou o devedor não fôr o unico herdeiro do credor, ou um terceiro não fôr o unico herdeiro do credor e do devedor, haverá confusão proporcional á respectiva quota hereditaria". Era a lição romana (L. 50. D. 46, 1). O art. 1.194 do *Esboço* passou ao argentino, art. 866, mas o brasileiro redigiu-o de maneira differente (Projecto revisto, art. 1.199): "a confusão operada na pessoa do credor ou devedor solidario só extingue a obrigação até a concorrencia da respectiva parte no credito, ou na divida, *subsistindo, quanto ao mais, a solidariedade*". Cessando a confusão, para logo se restabelece, com to-

dos os accessorios a obrigação anterior (art. 1.052). Salvo (diz-se): quando se tratar de garantia hypothecaria ou pignoraticia e tivér sido cancellada ou remida; quanto á fiança (commentario de Clovis Bevilaqua ao art. 1.052). A lei é infeliz: ou devia adoptar a confusão, com caracter definitivo (1); ou o criterio do Codigo Civil de Costa Rica, art. 829, inspirado em Larombière e Demolombe: se termina a confusão por causa necessaria preexistente (effeitos de restauração contra terceiros), ou por causa voluntaria posterior (só entre as partes). Esta é que deve ser a solução da doutrina brasileira, uma vez que não se adoptou o art. 1.195 do *Esboço* (argentino, art. 580, e Coelho Rodrigues, art. 577, que resalvavam os direitos de terceiro), nem, claramente, como o Codigo Civil português, art. 801, se dispôs que "renascerá a obrigação, com todos os seus accessorios, ainda em relação a terceiros, se o facto tem effeito retroactivo". A doutrina, em Portugal, entendeu que o pensamento do artigo tinha de ser recomposto: o principio, que formula, só é applicavel em casos como o de terceiro que contractou depois de já registada a acção para annullar o acto (cp. português, art. 1.593 § unico, melhor inspirado).

140. Remissão de divida. — Em seguida, tratou-se da remissão de divida (*Schulderlass*).

A entrega voluntaria do titulo da obrigação, quando por escripto particular, prova a desoneração do devedor e seus coobrigados, se o credor fôr capaz de alienar, e o devedor, capaz de adquirir (art. 1.053). No systema do Codigo não é doação, como para o espanhol, art. 1.187, chileno, art. 1.653, de

(1) B. G. B., §§ 429, alinea 2, 1.976, 1.991, 2.143; 2.175; 2.377. Veja: DERNBURG, *Das bügerliche Recht*, II, § 132.

Costa Rica, art. 821, da Colombia, art. 1.712, e suiço de 1881, art. 141, nem sempre acto unilateral do credor. Na Alemanha, recorre-se á figura do *abstrakter Vertrag*. Recebemos da doutrina francêsa o instituto; antes do Codigo, já a questão se levantára, sendo uns pelo contracto (Lacerda de Almeida, *Obrigações*, § 90, nota) e outros pelo acto unilateral (M. J. Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Pratica das Obrigações*, vol. I, § 411). Nas proprias doações, o Codigo Civil admitte o acto unilateral (arts. 1.173, 1.342 paragrapho unico). Doutrina alemã, — a da obrigatividade dos actos unilateraes, que levou Neubecker ás exclamações do *Archiv für Bürgerliches Recht*, vol. 22, pag. 64, sobre o *abstrakter Vertrag*, — pena é que no Codigo alemão não se declarasse, abertamente, a obrigatividade do acto unilateral e a unilateralidade de certos casos, como o da remissão de divida, em vez de se recorrer a outras figuras, que exijam a aceitação. Bufnoir, em França, sustentou a não exigencia da aceitação do devedor remido; e já em Larombière vem a lição: "si le créancier, au lieu d'employer la forme expresse d'une décharge conventionnelle, emploie toute autre voil indirecte de libéralité, qui, loin d'offrir ancun caractère contractuel, se résume dans un fait unilatéral d'abdication et d'abandon absolu de son droit, lequel, pour être efficace, n'a pas besoin d'être accepté".

Para Clovis Bevilaqua, parece que a remissão de divida é sempre contracto. Para nós, será, porém não sempre, contracto abstracto; em certos casos terá a natureza de derelição, de acto unilateral liberativo, como em se tratando da inutilização do titulo ao portador insubstituivel, da remessa do titulo da obrigação como dadiva do art. 1.173. A remissão unilateral é conhecida no B. G. B. §§ 2.174, 2.192, 2.350, 875, 959, 928, 1.255 alinea 1ª, 1.293, 1.168, 1.064, na Z. P. O. §§ 346, 514, 566, e póde, o credor, ainda nos casos geraes, renunciar á

aceitação. No direito brasileiro, o credor póde renunciar ao penhor (art. 802, III) e até, no caso do art. 803, presume-se a renuncia delle. A entrega do objecto prova a renuncia do credor á garantia, mas não a extincção da divida (art. 1.054). Quanto á remissão de obrigação indivisivel ou a credores e devedores solidarios, ha os arts. 894, 900, 1.055, 906. O penultimo reproduz o ultimo.

141. Consequencias da inexecução das obrigações. — O art. 1.056 (inspirado na Lei suiça de 1881, art 110) formula o principio geral de que a não execução ou a execução imperfeita obriga a perdas e damnos (spricht den allgemeinen Gundsatz aus, dass die Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung schadenersatspflichtig mache). Nos contractos unilateraes, responde por culpa o contraente, a quem aproveita, e sómente por dolo aquelle a quem não aproveita. Nos bilateraes, qualquer delles responde por culpa (art. 1.057). No art. 1.058, tratou-se da inexecução ou imperfeita execução nos casos de força maior e caso fortuito.

142. Perdas e damnos. — Os arts. 1.059, 1.060, derivam do Code Civil, arts. 1.149-1.151; da doutrina anterior, o art. 1.061. No Code Civil, o art. 1.150, que corresponde ao 1.059 paragrapho unico, dizia, além do texto que passou ao do Brasil: "lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée".

143. Juros legaes. — Os juros moratorios são de 6 % ao anno (art. 1.062), bem assim os devidos por força de lei, ou quando convencionados sem taxa estipulada (art. 1.063). Contam-se, ainda, que se não allegue prejuizo; e qualquer que seja a prestação não cumprida (art. 1.064).

TITULO III

CESSÃO DE CREDITOS

144. Cessão de creditos. — Quanto á cessão de creditos, tirâmo-la da doutrina vigente no Brasil e da Lei suiça sobre direito das obrigações de 1881. O art. 1.065 contém o principio geral de que todo o credito é cedivel, caso não o impeça alguma motivo particular (enthält den *allgemeinen Grundsatz,* dass jede Forderung abtretbar ist, falls nicht ein besonderer Grund die Zedierbarkeit ausschliesst). A incedibilidade póde resultar: primeiro da natureza da obrigação, depois da lei, e finalmente da convenção entre devedor e credor. Podem ser cedidos: a) todo o credito ou parte, se partivel a prestação; b) a obrigação civil como tambem a natural (natürliche Verbindlichkeit); c) as obrigações futuras (die künftigen Forderungen); d) as obrigações alternativas, ainda que a escolha (Wahlrecht) pertença ao credor; e) os creditos do credor solidario ou contra um de muitos devedores solidarios; f) as obrigações accessorias, sem a principal, se podem ser independentes, como a acção pelos juros (Zinsanspruch), a pena convencional (Konventionalstrafe); g) as acções oriundas de contractos bilateraes, porque só se cede o credito (Forderung), não toda a relação juridica, o que não é o mesmo; h) creditos contestados, pedidos ou julgados em processo (bestrittene, betriebene, im Prozess befindliche Forderungen). Não são cediveis pela natureza da obrigação: a) os creditos em que o credor tenha de exercer por si o direito concedido, como no caso de locação e contracto de edição b) as obrigações de alimentos (Alimentationsforderungen), os montepios e pensões federaes, estaduaes ou municipaes, os vencimentos dos funccionarios pu-

blicos, salvo, quanto a estes, as *consignações de vencimentos* permittidas em leis especiaes; c) os creditos accessorios, que tenham sido abrangidos por outra cessão (art. 1.066); d) os direitos accessorios, que só sirvam de amparo ou segurança a outros, como a fiança, que, sem o credito, é incedivel, ou a exclusão contractual de concorrencia (vertragsgemässes Konkurrenzverbot), que se não póde ceder sem o negocio, a que se refere; e) os direitos de formação (Gestaltungsrecht), como, nas obrigações alternativas (Alternativobligationen), o de escolha (Wahlrecht), e tambem o de notificar ou denunciar silir (Rücktrittsrecht) ou annullar um acto juridico (Anfech-(Kündigungsrecht), o de revogar (Widerrufsrecht), o de retung einer Rechtshandlung), mas o direito resultante disto é cedivel.

A impenhorabilidade não coincide, em todos os casos, com a incedibilidade (contra: B. G. B. § 400). Os direitos intransmissiveis por morte são tambem incediveis.

Por lei não são cediveis: os creditos já penhorados (art. 1.077) e, pois, os arrestados e sequestrados; os direitos de socio, salvo as disposições sobre *acções*, etc.

145. Cessão de direitos litigiosos. — No direito anterior ao Codigo Civil, prohibia-se a cessão de direitos litigiosos (Ord., Livro IV, tit. 4º, § 3), se bem que a interpretação explicasse que a lei não incluia na prohibição a faculdade de ceder de agora para o tempo em que deixasse de ser litigioso ou quando feita a cessão com a clausula "salvo os direitos e prejuizos de outro litigante" (1), com o que não se conformava a jurisprudencia. No direito moderno, o Codigo português prohibe-a, art. 785; permittem-na o espanhol, art. 1.535, o

(1) ALMEIDA E SOUSA, *Fasciculos*, vol. II, diss. V.

italiano, art. 1.546, o argentino, art. 1.455, o chileno, art. 1911-1914, o uruguayo, art. 1.738. O Codigo brasileiro não manteve a regra prohibitiva.

146. Fórma da cessão. — A validade da cessão não é sujeita a exigencias de forma especial. A fonte do art. 1.068 foi o art. 184 da Lei suiça de 1881, onde dominava o principio da validade da cessão sem forma (formlose Abtretung). Seria o systema do direito commum alemão. Áquella lei a principio se entendeu dar a interpretação de que a cessão verbal (mündliche Abtretung) sómente (1) tinha effeitos de precontracto (Vorvertrag); mas seria forçar a lei reduzir o cessionario a só poder pedir os documentos e meios de prova (1881, art. 191; 1911, art. 170 2ª alinea). Interveio a melhor doutrina perante a letra da lei, com Dagenkolb e Rossel (1). Na Lei suiça de 1911, exige-se a forma escripta (schriftliche Form), art. 165 1ª alinea. No Brasil, o Projecto de Coelho Rodrigues, art. 493 dizia: "A validade da cessão, como tal, não depende de forma particular...". O de Bevilaqua, art. 1.201, começou por onde continúa o Projecto de Coelho Rodrigues: "a transferencia de um credito não pode ser opposta a terceiro, se não constar de instrumento publico ou particular, na forma do art. 156". Era o mesmo compromisso entre o direito commum e o francês, tal como queria a Lei suiça de 1881.

---

(1) E. VOGT, *Leichfassliche Anleitung zur Anwendung des Schw. O. R. im alten Teile des Kantons Berns*, 1882, pag. 128; — H. HAFNER, *Das schw. Obligationenrecht*, 1. Aufl., nota 3 ao Art. 184; — ATTENHOFER, *Die rechtliche Stellung des Zedenten zum Zessionar bei der Zession nach schw. O. R.*, em *Zeitschrift für Schw. Recht*. vol. 8, pags. 335-365; — SCHNEIDER, *Das schw. Obligationenrecht*, 2. Aufl.

(2) DAGENKOLB, *Die formlose Abtretung ein pactum de cedendo? Das pactum de cedendo* ein Vorvertrag, em *Zeitschrift für schw. Recht*, vol. 10, pag. 257 e seguintes. — ROSSEL, *Manuel de droit fédéral des obligations*, Lausanne, n. 231, pag. 237.

O art. 1.067 não é applicavel quando a cessão se operar por força de lei, *cessio legis,* ou sentença (*Kraft Gesetzes oder Richterspruchs*), Lei suiça de 1881, art. 185 (de 1911, art. 166; cp. B. G. B., § 412).

147. Notificação ao devedor. — No direito anterior não havia a exigencia da notificação para que a cessão valesse contra o devedor. Consagra-o o art. 1.069, que não foi tirado do Code Civil, art. 1.690, nem implica a outra exigencia, aliás absurda, do Codigo chileno (art. 1.902), — a *aceitação*. A notificação pode ser judicial ou não; pode ser promovida pelo cedente ou pelo cessionario, pois a cessão — nas relações entre cedente e cessionario — já está perfeita. Não falta a verbal? Cp. o art. 1.070. São exemplos de notificação não judicial: a ordem de pagamento do credor ao devedor em favor do cessionario; communicação do cedente ao cessionario e por este communicada ao devedor cedido. Em se tratando de divida solidaria, deve ser feita a todos os devedores. Independem de notificação os titulos em que não ha relação directa entre o portador e o devedor (letras de cambio, titulos com endosso, acção e titulos ao portador, etc.).

148. Multiplicidade de notificações. — Se occorrerem varias cessões do mesmo credito? Prevalecerá a do titulo mais antigo (lei suiça de 1881, art. 186; português, art. 790, mas para este, não declarada a hora, todos têm iguaes direitos). A primeira notificada ou aceita pelo cedido (argentino, art. 1.470). No direito brasileiro anterior, já se havia adoptado a regra do art. 1.070, correspondente ao direito commum alemão. Mas certo sómente concerne aos effeitos da cessão entre o cedido e terceiros; entre cedente e cessionario, prevalece a primeira cessão. Fica desobrigado o devedor que, *antes de ter*

conhecimento da cessão, paga ao credor primitivo, ou que, no caso de varias cessões notificadas, paga ao cessionario, que lhe apresenta, com o titulo da cessão, o da obrigação cedida (art. 1.071; quanto á 1ª parte — Lei suiça de 1881, art. 187). Paga, ou extingue o credito por outra maneira, como a novação.

149. **Excepções do devedor.** — Tanto ao cessionario como ao cedente, o devedor pode oppor as excepções que lhe competirem no momento em que tiver conhecimento da cessão, mas não pode oppôr ao cessionario de bôa fé a simulação do cedente (art. 1.072; Lei suiça de 1881, art. 189, de 1911, art. 169 2ª alinea, differente; cp. B. G. B. § 404). Na cessão por titulo oneroso, o cedente, ainda que se não responsabilize, fica responsavel ao cessionario pela existencia do credito, ao tempo em que lho cedeu (art. 1.073 1ª parte; Lei suiça de 1881, art. 192 alinea 1ª, de 1911, art. 171 alinea 1ª). Na cessão gratuita, se tiver procedido de má fé, cabe-lhe a mesma responsabilidade (art. 1.073 2ª parte, que não corresponde á Lei suiça de 1881, art 192 3ª alinea, nem á de 1911, que conservou o dispositivo de 1881, inclusive, hoje o art. 248). Salvo estipulação em contrario, o cedente não responde pela solvencia do devedor (art. 1.074, Lei suiça de 1881, art. 192 2ª alinea, de 1911, art. 171 2ª alinea). Coincidem os arts. 173 da Lei suiça de 1911 (1881, arts. 194-195) e os arts. 1.075, 1.076. Na Lei suiça de 1881, art. 196, dizia-se que o credito, uma vez penhorado, não pode mais ser transferido pelo credor que tiver conhecimento da penhora; mas o devedor, que o paga, não tendo notificação della, fica exonerado. E', hoje, o art. 1.077 da lei brasileira, mas a lei suiça de 1911 não o manteve, como aconteceu á 2ª alinea do art. 189 (hoje 169). No I Projecto alemão § 312 1ª parte (B. G. B. § 413) inspirou-se o art. 1.078.

TITULO IV

CONTRACTOS

150. A vontade nos contractos e a proposta de contracto. — Nos contractos, a manifestação da vontade pode ser tacita quando a lei não exigir que seja expressa, art. 1.079, *Esboço,* art. 1.838, que accrescentava: "*tacitamente,* não só por actos não acompanhados de palavras pronunciadas, ou escriptas, como por inacção, ou pelo silencio" (Lei suiça de 1881 e de 1911(, cp. B. G. B. §§ 116, 118, 155. A proposito de contracto obriga o proponente, se o contrario não resultar dos termos della, da natureza do negocio ou das circumstancias do caso (art. 1.080, inspirado no I Projecto alemão §§ 80, 81) — contra: pr., Inst., 3, 23, Codigo Civil argentino, art. 1.150. Deixa de ser obrigatoria a proposta (art. 1.081, I-IV: I) se, feita sem prazo, a uma pessoa presente, não foi immediatamente aceita (*verbalmente,* dizia o *Esboço,* art. 1.850, 1°), e considera-se presente a pessôa que contracta por meio do telephone (II Projecto alemão § 120 1ª alinea 2ª parte, B. G. B. § 147 1ª alinea 2ª parte); II) se, feita sem prazo a pessôa ausente, tiver decorrido tempo sufficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente (II Projecto alemão § 120 2ª alinea, I Projecto § 84, B. G. B. § 147 2ª alinea); II) se, feita a pessôa ausente, não tiver sido *expedida* a resposta dentro do prazo dado; IV) se, antes della, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retractação do proponente (Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 1.217 3° e 4°; cp. argentino 1.155, B. G. B. §§ 147, 148, 130). Se a aceitação, por circumstancia imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este communicá-lo-á, immediatamente, ao acceitante, sob pena de responder por perdas e damnos (Lei

suiça de 1881, art. 5 alinea 2ª; I Projecto alemão § 85, B. G. B. § 149; "Verzögert er die Absendung der Anzeige, so gilt die Annahme als nicht verspätet"). Inspirado na lição de Teixeira de Freitas (*Esboço,* arts. 1.846, 1.847), e vendo-a em forma limpida no B. G. B. § 150, adoptou-se o principio de que importa nova proposta: a) a aceitação fóra do prazo; b) a aceitação com addições; c) a aceitação com restricções ou modificações (art. 1.083). Esta a verdadeira interpretação do artigo e devemos evitar se pense que são requisitos: "ser fóra do caso, *e* ter sido alterada".

Se o negocio fôr daquelles, em que se não costumar a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluido o contracto, não chegando a tempo a recusa (art. 1.084; II Projecto alemão § 124, cp. B. G. B. § 151 1ª alinea, Lei suiça de 1881, art. 5 3ª alinea, de 1911, art. 6). Considerar-se-á inexistente a aceitação, se antes della ou com ella chegar ao proponente a retractação do aceitante (art. 1.085, inspirado no *Esboço*, art. 1.854, 4º; cp. Lei suiça de 1881, art. 7 1ª alinea, de 1911, art. 9 ultima parte, e Codigo Civil argentino, arts. 1.150, 1.155).

151. Contractos por correspondencia. — Os contractos por correspondencia epistolar, ou telegraphica, tornam-se perfeitos desde que a aceitação é *expedida* (art. 1.086; Lei suiça de 1881, art. 8 1ª alinea), excepto: I) No caso do art. 1.885 e, pois, tambem, no do art. 1.081 IV; II) se o proponente se houver compromettido a esperar a resposta (disposição que noutro lugar criticamos); III) se ella não chegar no prazo convencionado (Projecto revisto, art. 1.236), isto é, prazo especial para a chegada da aceitação, se o houver.

Reputar-se-á celebrado o contracto no lugar em que foi proposto (art. 1.087; Codigo Civil espanhol, art. 1.262 2ª

alinea 2ª parte). A disposição tem grande importancia no direito internacional privado, mas cumpre attender a que ha contractos celebrados no estrangeiro que se regem pela lei brasileira (art. 13 da Introducção).

152. Precontracto. — Quando o instrumento publico for exigido como prova (?) do contracto, qualquer das partes póde arrepender-se, antes de o assignar, resarcindo á outra as perdas e damnos resultantes do arrependimento, sem prejuizo do estatuido nos arts. 1.095 a 1.097 (art. 1.088).

Codigo Civil, art. 1.088: "*Quando o instrumento publico fôr exigido como prova do contracto, qualquer das partes póde arrepender-se, antes de o assignar, resarcindo á outra as perdas e damnos resultantes do arrependimento, sem prejuizo do estatuido nos arts.* 1.095 a 1.097". Isto é, soffre as consequencias do recebimento do signal, e indemniza.

Prova? Não temos no direito brasileiro actual a differença entre forma solenne (*ad solemnitatem*) e forma de prova (*ad probationem*), *Solemnitätsform* e *Beweisform* dos alemães. Prova, aí, é erro de terminologia. Seria o mesmo dizer: para a validade do contracto futuro, *für die Gültigkeit des künftigen Vertrages*, como está na lei suiça. No Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 1.224, fala-se em "prova ou validade". Lê-se, Projecto revisto, art. 1.288: "Quando o contracto exigir intrumento publico, pode qualquer das partes arrepender-se antes de assigná-lo, pagando á outra a indemnização das perdas e damnos resultantes do arrependimento, sem prejuizo do disposto nos arts. 1.245 a 1.247".

Como prova, diz-se desde a emenda de Andrade Figueira.

Schweiz. Bundesgesetz von 1911, Art. 22: "*Durch Vertrag kann die Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrages begründet werden. Wo das Gesetz zum Schutze der Vertragschliessenden für die Gültigkeit des künftigen Vertrages eine Form voschreibt, gilt diese auch für den Vorvertrag*".

A lei suiça é expressa: o precontracto tem de revestir a mesma forma que se exige, para a validade, ao contracto.

Outra differença: na Suiça, no caso de simples recusa de cumprir, pode o outro contraente pedir á justiça que se tenha por concluida a convenção (BECKER, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bern, 1914, *Obligationenrecht*, pag. 92). No Brasil, ha de haver a alternativa: cumprir, ou indemnizar.

No caso do art. 1.088, é que se permitte arrepender-se, pagando as perdas e damnos. Não ha a obrigação de fazer o *contracto*, ainda que tenha havido a escriptura publica.

A interpretação é difficil; ha um conceito, no art. 1.088, inserto por emenda de Andrade Figueira, e que se choca com o systema do Codigo Civil. *Como prova*, accrescentou elle ao texto do Projecto revisto. Fê-lo conscientemente: "Addicionem-se a — *instrumento publico* — as palavras — *como prova*" (*Trabalhos*, vol. VI, pag. 378). E' no discurso: "O arrependimento das partes e a indemnização por lucros e perdas, por esse arrependimento, póde ter lugar; mas não nessa especie de contractos, em que a escriptura é da substancia dos contractos, em que as partes até aí podem se arrepender, isto é, não contractar. Não se póde negar o arrependimento, nem querer prenotar uma coisa que não existe" (pag. 5).

Agora ouçamos Clovis Bevilaqua: "Dispõe (o artigo) que, quando o contracto exigir instrumento publico, póde qualquer das partes arrepender-se antes de assigná-lo, pagando á outra a indemnização das perdas e damnos resultantes do arrependimento. Propõe o illustre conselheiro sua suppressão, porque se o contracto depende, para sua existencia, de instrumento publico, não se comprehende que antes deste, que lhe dá existencia, possa produzir qualquer effeito. Não ha duvida que o contracto que tem a sua existencia no instrumento publico só daí póde produzir seus effeitos. Mas os effeitos decorrentes do contracto, porquanto, ajustado este, tambem é certo que o ajuste ou deve produzir o contracto ou dar direito a perdas e damnos contra o que se arrependeu de fazê-lo. As perdas e damnos, aí, não são do arrependimento do contracto, mas do ajuste para a celebração do contracto. Imaginemos que Pedro ajusta com Paulo comprar-lhe uma casa, o contracto de compra e venda depende de escriptura publica. Pedro, antes de assignar essa escriptura, arrepende-se de fazer a compra ajustada. Não será porventura de justiça que indemnize a Paulo

das perdas e damnos que lhe causou de haver faltado ao ajuste, perdas e damnos por ter privado Paulo da venda a outrem, muitas vezes por melhor offerta, que elle só não aceitou por já estar preso ao ajuste com Pedro?"

E, ainda depois do Codigo, nos seus commentarios: "O instrumento publico é da essencia dos contractos constitutivos ou translativos de direitos reaes sobre immoveis de valor superior a um conto de réis; dos contractos antenupciaes (art. 134) e das transacções que tiverem por objecto direitos reaes, nas condições acima indicadas. Emquanto não fôr assignado o instrumento publico, as partes podem arrepender-se, porque, sem essa forma, o acto não tem existencia juridica. Se, porém, havia promessa de lavrar a esscriptura, constante de um contracto preliminar, o não cumprimento della acarreta a responsabilidade por perdas e damnos, como acontece em toda obrigação de fazer não cumprida por culpa do devedor (art. 879)".

Teixeira de Freitas incluiu da seguinte maneira na *Consolidação*, art. 376, o disposto na Ord. do Livro IV, tit. 19, pr. e § 1º: "Nos casos em que a escriptura publica é da substancia dos contractos, não têm estes firmeza, emquanto a escriptura não fôr lavrada e assignada. Até este ponto é licito a cada uma das partes arrepender-se". E adeante, art. 376: "Fóra destes casos, se a parte confessar em juizo a convenção ajustada, será constrangida a fazer escriptura". (Ord. Liv. IV, tit. 19, § 2º).

No Codigo, dar-se-á a indemnização, como queria, desde o *Esboço*, arts. 1.931, 1.934, Teixeira de Freitas, e no qual se inspirou o Codigo argentino, arts. 1.185-1.189. Tratava-se, então, como hoje, de *Vorvertrag*, cf. a Lei suiça de

1911, art. 22 (*pactum de contrahendo*). Póde ser *escripto,* ou *verbal* (a lei não distinguiu), e, se bem que só se refira a instrumento publico, devemos, por analogia (Introducção, art. 7), applicar a regra aos precontractos não escriptos quando requerida fôr a forma escripta. Se assim não procedermos, a lei brasileira será muitissimo inferior ao que teria sido em 1860 (*Esboço,* art. 1.934), quando Teixeira de Freitas ia inspirar o art. 1.188 do argentino, e precedeu, de 50 annos, o art. 22 da Lei suiça. Cp. Allg. Bürgerl. Gesetzbuch de 1811 § 936, onde se subentende a clausula *rebus sic stantibus,* e o B. G. B. § 610, sobre mutuo.

153. Herança de pessôa viva. — Não póde ser objecto de contracto a herança de pessôa viva (*pactus de succedendo, de non succedendo*). São excepções ao art. 1.089. a) se em contractos antenupciaes (Clovis Bevilaqua, ao art. 1.089; contra: Pontes de Miranda, *Direito de Familia,* § 65, nota 17); b) podem os paes, por acto entre vivos, partilhar os bens com os filhos (art. 1.776).

154. Interpretação dos contractos. — O art. 1.090 constitue, com o art. 85, as regras geraes de interpretação dos contractos.

O § 306 do B. G. B. subentende-se no Codigo Civil, onde se começa pelo equivalente ao § 308. O Projecto de Bevilaqua inspirou-se no B. G. B. § 308 (ter sido feito para o caso de se tornar possivel a prestação), mas o art. 1.091 perdeu, com o revisto, art. 1.241, a parecença originaria. O B. G. B. tem a mais o final do § 308 1ª alinea: "und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, dass die Leistung möglich wird". Os commentadores do B. G. B. assentam que não

é de mistér declaração expressa. A presumpção de que, havendo duvida, se tenha feito o contracto para o caso de cessar a impossibilidade, não a consigna o B. G. B.; seria preciso provar que esta era a vontade das partes. Se ellas desconheciam a impossibilidade, não se póde presumir que seja para o caso de se tornar possivel (*Möglichwerden der Leistung*). Applicar-se-ão, directamente, os §§ 306, 307. No Codigo Civil brasileiro, não se cogitou de ser ou não feito para o caso de vir a ser possivel a prestação. Presume-se? Deixará de applicar-se o art. 1.091, se se fizer prova differente? O que a lei quer é que só a impossibilidade absoluta obste á formação do vinculo obrigacional; e esta impossibilidade tem de ser: *a*) inicial, objectiva (não teria effeito de nullidade a impossibilidade subjectiva inicial); *b*) total, pois a parcial só attinge a parte impossibilitada (art. 135, correspondente ao B. G. B. § 139). A regra comprehende os contractos e as declarações unilateraes de vontade; por isso mesmo, pena é que o Codigo Civil brasileiro não as inserisse. Se a impossibilidade é relativa, rege o art. 1.091. Impossibilidade relativa consiste naquella que póde ser posta de lado, — *gehoben werden kann*. E' a impossibilidade afastavel. Desde que ella possa vir a ser possivel — dentro do prazo ou em tempo razoavel, se não houver prazo — não será nullo o contracto, ainda que anterior a impossibilidade. Duas são as condições para que se opere a excepção do § 309 B. G. B. alinea 1ª á disposição do § 306. afastabilidade do impossivel, ter-se tido em vista este afastamento futuro da impossibilidade. A lei brasileira satisfaz-se com o primeiro requisito e desinteressa-se do segundo. Importa isto em grande differença entre ella e a alemã. Quanto ao caso de prestação impossivel que cesse de o ser antes de realizada a condição, o art. 1.091 coincide com o § 308 2ª alinea, no qual

se inspirou, através do I Projecto alemão § 345, desde o Projecto Bevilaqua, art. 1.230. Sobre impossibilidade, cp. arts. 865, 869, 870, 879, 883, 957, 1.097.

155. Contractos bilateraes. — Nos contractos bilateraes, — nenhum dos contractantes, antes de cumprida a sua obrigação, póde exigir o implemento da do outro (art. 1.092. 1ª alinea, *Esboço,* art. 1.955 1ª parte). Se, depois de concluido o contracto, sobrevier a uma das partes contractantes diminuição em seu patrimonio, capaz de comprometter ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, póde a parte, a quem incumbe fazer a prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete, ou dê garantia bastante de satisfazê-la (art 1.092 2ª alinea, inspirado, já em 1901, no II Projecto alemão, quiçá no proprio B. G. B. § 321). A parte lesada pelo inadimplemento póde requerer a rescisão do contracto com perdas e damnos (art. 1.092 paragrapho unico). No B. G. B. § 326, ainda é preciso um prazo razoavel, com a declaração de que, após elle, recusará a prestação. Passado, poderá pedir perdas e damnos ou a resolução do contracto. Mas poderá pedir desde logo perdas e damnos e a resolução, se a prestação já não lhe fôr util (aproveitavel). O prazo é, pois, *facultativo,* no caso de occorrer a imprestabilidade (certamente relativa) da prestação, como os artigos de verão e de inverno depois de passar a estação respectiva.

No direito brasileiro, a solução é outra: a parte lesada póde pedir desde logo, ainda que não tenha havido diminuição do interesse, a rescisão e as perdas e damnos. O B. G. B. § 326 é, neste ponto, melhor, mais humano, menos despotico (1ª alinea: angemessene Frist, prazo razoavel; escolha entre o

§ 326 e o § 286, entre a resolução e a indemnização; 2ª alinea: exigencia do desinteresse total ou parcial da execução, para que se possa desde logo applicar o § 326).

Tanto o § 326 quanto o art. 1.092 paragrapho unico são de *natureza dispositiva,* e não se applicam, se advier, por ajuste das partes, alteração ou extincção da relação juridica.

No art. 119 paragrapho unico, allude-se á condição resolutiva tacita e diz-se que, se tiver sido expressa, opera *ipso iure,* e precisará de interpellação, se tacita. Mas esta interpellação é a escolha entre exigir o contracto e a rescisão com perdas e damnos (art. 1.092 paragrapho unico). Interpellada para a resolução, a parte não se póde offerecer a cumprir. Cumpre notar que o § 286 passou ao Codigo, art. 956.

O distracto faz-se pela mesma forma que o contracto (art. 1.093). A Ord. do Liv. IV, tit. 19, pr. e § 10, não se referia aos distractos, mas a doutrina obrigou a esta regra (1), que passou ao Codigo. A quitação vale, qualquer que seja a sua forma.

156. Arrhas. — Quanto ás arrhas, o art. 1.094 vale o § 336 do B. G. B. No direito civil anterior (contra, no Codigo Commercial, art. 218), permittia-se sempre o arrependimento. Mais uma vez se abandonou a tradição, que era tambem a da doutrina inspirada no Code Civil, art. 1.590, e verificou-se a influencia do I Projecto alemão § 417 1ª alinea. No *Esboço* (1861), arts. 1.910, 1.912, 1.915, adoptava-se a mesma doutrina: o art. 1.916 do velho *Esboço* coincide com os §§ 337 e 336 2ª alinea do B. G. B. O Codigo dispõe quanto á restricção: salvo estipulação em contrario, as arrhas

(1) S. GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae,* vol. IV, pag. 199, 200.

em dinheiro consideram-se principio de pagamento. Fóra esse caso, devem ser restituidas, — quando o contracto fôr executado (1), ou ficar desfeito. Cp. Lei suiça, art. 158 2ª alinea.

Se o que deu as arrhas der causa a se impossibilitar a prestação, ou a se rescindir o contracto, perdê-las-á em beneficio do outro (art. 1.097; I Projecto alemão § 419). A 2ª alinea do B. G. B. § 338 não tem correspondente. Ha, porém, uma *lacuna*: se quem dér causa fôr o que as recebeu? Applicar-se-á o disposto no art. 1.056, e restituir-se-ão as arrhas recebidas (art. 1.096). No Projecto de Clovis Bevilaqua mandava-se restituir em *dobro*, como queriam a doutrina e o direito commum alemão.

O Codigo admitte o arrependimento convencionado: então, se o arrependido foi quem as deu, perdê-las-á em proveito do outro; se o que as recebeu, restitui-las-á em dobro (art. 1.095) cp. B. G. B. §§ 336, 359.

Falta a regra do § 336 2ª alinea, mas, na duvida, a presumpção deve ser contra o direito de arrependimento e a natureza penal das arrhas (*Reugeld*).

157. Estipulação em favor de terceiro. — Trata-se, nos arts. 1.098-1.100, da estipulação em favor de terceiro: os dois primeiros oriundos da Lei suiça de 1881 art. 128, o ultimo do II Projecto alemão § 284 (B. G. B. § 332). O que estipula em favor de terceiro póde exigir o cumprimento da obrigação. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, tambem é permittido exigí-la, ficando, todavia, sujeito ás condições e normas do contracto, se a elle annuir, e o

(1) Ha defeito de expressão na lei brasileira: "concluido". Deve entender-se "executado". O B. G. B. § 337 está exacto: "bei der Erfüllung des Vertrages".

estipulante o não innovar nos termos do art. 1.100. Isto se dará ainda quando expressamente não se houver permittido a reclamação pelo terceiro, mas se não se dér *reserva*, como a do art. 1.100, a acquisição do direito de exigir, por parte de terceiro, será immediata. E' a *reserva* que tem de ser expressa? Na Lei suiça, de 1881, art. 128 2ª alinea, allude-se á intenção dos contraentes; na de 1911, o terceiro tem direito independente se isto resultar: do acordado pelas partes (attendidas as circumstancias, como se constituir o fim da estipulação ou se interessa ao terceiro); do exercicio, *aus der Übung* (cp. Dernburg, Das *bürgerliche* Recht, vol. II, § 105 IV).

Ora, nem uma nem outra é a solução do Codigo brasileiro. Ha *lacuna* na lei. Como supprí-la? Estipulado, não se dando a reserva expressa, ¿póde o terceiro reclamar em quaesquer casos, ou este direito só lhe advém da vontade das partes (Lei suiça de 1881 art. 128), do acôrdo dos contractantes ou "wenn es der Übung entspricht" (Lei suiça de 1911, art. 112), ou das circumstancias, principalmente do fim do contracto (B. G. B., § 328)? A ultima solução foi a do Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 1.237, que o revisto, art. 1.248, substituiu pela 2ª alinea do actual paragrapho unico do art. 1.098. Os dois autores brasileiros que escreveram antes do Codigo eram propensos a coarctar, o mais possivel, a revogação pelo estipulante e a facilitar a reclamabilidade pelo terceiro (M. I. Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Pratica das Obrigações*, II, § 683; Lacerda de Almeida, *Obrigações*, § 67). Do ultimo provém o dispositivo do Projecto revisto, que [illegible] o correspondente ao B. G. B. A solução é seguir as [illegible] da doutrina, que tende a alargar a efficacia dos contractos em favor de terceiro. Deficiente, como é, o capitulo

referente á estipulação em favor de terceiro, a construcção tem de recorrer a principios taes, como os que se acham no B. G. B.

158. **Vicios redhibitorios.** — A coisa recebida em virtude de contracto commulativo póde ser enjeitada por vicios ou defeitos occultos, que a tornem impropria ao uso, a que é destinada, ou lhe diminuam o valor (art. 1.101; *Esboço*, art. 3.581; cp. Codigo austriaco, § 922, argentino, art. 2.164). A mesma disposição, diz o paragrapho unico, é applicavel ás doações gravadas de encargo. Mas deve-se entender que tambem o será: ás doações remuneratorias (arg. ao art. 1.167); quando fôr feita *inter sponsos* ou pelos paes (arg. ao art. 285): quando por causa de casamento e houver má fé do terceiro doador (art. 285); quando se convencionar a responsabilidade. Quanto ao dote, respondem os esposos doadores e os paes ou, se de má fé, o terceiro (art. 285).

Não se trata sómente da compra e venda, como dizem o Code Civil, art. 1.641, e o B. G. B. § 459. Já o Codigo Civil austriaco se referia a contractos onerosos, § 922, e a doutrina esclareceu que não seria de mistér a transmissão da propriedade, nem que fosse coisa corporea o objecto (1). Assim o *Esboço*, art. 3.581. O Codigo brasileiro fala em contracto *commutativo*, subdivisão dos contractos onerosos. Os contractos onerosos são commutativos, ou aleatorios; não os define a lei e as definições do Code Civil, art. 1.104, não parecem boas. Commutativo é o contracto oneroso, no qual as prestações são immediatamente certas, de modo que se póde saber, á vista ou informação dellas, se satisfaz ou não o negocio.

---

(1) ARMIN EHRENZWEIG, *System des österreichischen allgemeinen Privatrecht*, 6. Aufl., des von PFAFF und KRAINZ *System*, vol. II, Wien. 1920, pag. 200. Cp. DNIESTRZANSKI, *Wesen des Werklieferungsvertrages*, pags. 149, 150.

Melhor será definir por exclusão: os não aleatorios. Porque, se ha alea — não póde haver redhibição. Na *emptio rei* e *rei speratae* (a que já se referiam o direito civil anterior, Teixeira de Freitas, *Consolidação*, bem como o Codigo Commercial, art. 192) e nos demais contractos aleatorios, a que o codigo dedicou capitulo especial, seria absurdo, nos casos ordinarios, invocar o vicio redhibitorio: o equivalente do preço é simples lucro occasional, *Gewinnchance*. Foi isto o que quis o Codigo. Quanto á evicção, contentou-se com a noção de contracto oneroso. No capitulo de vicios e defeitos, exigiu que não fossem aleatorios os contractos. Mas certo é que podem as partes dar tal caracterização ao objecto do contracto oneroso, mesmo em se tratando de *emptio rei* e *rei speratae*, que venham a caber reclamações quanto a vicios e defeitos. Cumpre attender mais á intenção das partes que á natureza vulgar dos contractos. Dos contractos aleatorios o Codigo tratou em capitulo especial (arts. 1.118-1.121), por inspiração do *Esboço* e através do Projecto revisto, a que tambem se deve, no art. 1.101, a substituição de "oneroso" por "commutativo". E' applicavel o dispositivo ás locações de coisas (art. 1.191), aliás sê-lo-ia em virtude do proprio art. 1.101: o que se tira do art. 1.191 é que, attendendo-se a que a locação se *prolonga no tempo* e não é instantanea como a compra e venda, onde a transmissão da coisa se opera em "ponto de tempo" — só se admittiu a responsabilidade do art. 1.101 quanto aos vicios e defeitos anteriores á locação. E' restricção demasiado *capitalista*. Não deu passo adeante a revisão do Codigo Civil austriaco (art. 1.096, Nov., III, art. 135), com a responsabilidade do locador se ao tempo da locação ou posteriormente se tornar, sem culpa do locatario, impropria ao seu uso estipulado. Cp. Codigo Civil, art. 1.190. Havia alguma coisa a fazer-se: se, sem

culpa do locatario e do locador de predio de residencia ou rustico, este se tornar improprio ao uso estipulado, como se sobrevierem prohibições legaes de ordem publica, poderá o locatario, mediante interpellação judicial, rescindir o contracto, sem direito a perdas e damnos.

Salvo clausula expressa no contracto, diz o art. 1.102, a ignorancia de vicios redhibitorios pelo *alienante* (*alienante* porque ha contractos commutativos sem a transmissão da propriedade, mas seria melhor palavra menos ambigua) não o exime da responsabilidade. Se os conhecia, restituirá o que recebeu com perdas e damnos; se os não conhecia, — o valor recebido, mais as despesas do contracto (art. 1.102). A responsabilidade subsiste, ainda que a coisa pereça em poder do que a recebeu, se perecer por vicio occulto, já existente ao tempo da tradição (art. 1.104). Em vez de rejeitar a coisa, redhibindo o contracto, póde o adquirente reclamar abatimento no preço (art. 1.105). A prescripção é a mesma (art. 178 §§ 2º e 5º IV). Escolhida uma acção, ou perdendo a que escolheu, não póde intentar a outra (*Esboço,* art. 3.589, que passou ao Codigo argentino, art. 2.175). E' a tradição da doutrina no Codigo brasileiro, no que diverge do B. G. B. § 465, para o qual é de mistér consentimento do vendedor: o *ius variandi* é de ambos. No caso de se recorrer a juizo, a doutrina alemã procedeu a distincções criteriosas e interessantes, inclusive quanto a possivel acção do vendedor.

Se a coisa foi vendida em hasta publica, não cabe a acção redhibitoria, nem a de pedir abatimento no preço (art. 406). Mas isto não quer dizer que a venda, em tal caso, seja inatacavel: sê-lo-á pelo que não corresponder ao apregoado, v. g. estar interdicta pela Saude Publica e declarar o contrario, ex-

pressamente, o apregoador. O art. 1.106 só exclue os vicios *materiaes* da coisa.

Outro exemplo: se foi vender como propriedade plena o terreno que é simples emphyteuse ou que se acha gravado de hypotheca. Porque, aí, não se trata de vicios e defeitos, mas de situação juridica da coisa vendida. Quanto ao predio hypothecado, valerá a venda, entendendo-se que o juiz mandará, com o preço, simultaneamente pagar a hypotheca.

Quanto aos *leilões*, por leiloeiros matriculados, fóra do Juizo, declara o Decreto n. 858, de 10 de novembro de 1851: Antes de começar o leilão, farão patentes as indicações e termos da venda, forma de pagamento e da entrega dos objectos arrematados, podendo exigir dos arrematantes as cauções ou signaes, que lhes pareçam necessarios (art. 22). Apresentando qualquer objecto para ser arrematado, cumpre-lhes declarar o seu estado e qualidade, principalmente quando pela simples intuição não puderem estas circumstancias ser conhecidas facilmente pelos compradores, e bem assim o peso, medida ou quantidade dos objectos, quando o valor delles por isto dever ser regulado, sob pena de incorrerem na responsabilidade que no caso coubér por fraude, dolo, simulação, ou omissão culpavel (art. 23).

159. Evicção. — Nos contractos onerosos, pelos quaes se transfere o dominio, posse ou uso, será obrigado o alienante a resguardar o adquirente dos riscos de evicção, toda vez que se não tenha excluido expressamente esta responsabilidade (art. 1.107, *Esboço,* art. 3.510, 3.512). Por onde se vê que o Codigo permitte o pacto de não prestar evicção, mas não se conclúa daí que se admitta o *pactus ne dolus praestetur.* Seria immoral. No B. G. B. § 443, foi disto que se tratou, e não é cer-

to, como pareceu a Clovis Bevilaqua, que o B. G. B. prohiba o pacto de não responder pela evicção. As regras geraes sobre tal responsabilidade pelos direitos alienados são dispositivas: por contractos podem ser alargadas, limitadas ou dispensadas. E a limitação póde ser tacita ou resultar da natureza do negocio (*Motive*, II, 223). O que se prohibe é excluir ou limitar a responsabilidade, de modo que se exclúa a prestação de evicção em caso de dolo do vendedor. Ora, tem de ser assim no direito brasileiro. Se o art. 1.107 permitte o pacto de limitação ou exclusão da responsabilidade do vendedor, tambem isto se dá, se bem que sem regra expressa, no B. G. B. (1). Temos de entender implicita no systema do Codigo a prohibição do *pactus ne dolus praestetur.* Os Projectos brasileiros inspiraram-se no *Esboço,* que foi o mais minucioso possivel neste assumpto, e pena é que se lhe não tomassem alguns artigos, que ainda hoje seriam novos e justos.

Nos dotes constituidos pela noiva ou pelos paes, respondem estes pela evicção; os estranhos só responderão por ella, se procederam de má fé ou se annuiram á responsabilidade (arg. aos arts 285, 279, 284). Equiparam-se á evicção os casos do art. 815.

Não obstante a clausula de excluir a garantia contra a evicção, se esta se dér, tem direito o evicto a recobrar o preço, que pagou pela coisa evicta, se não soube do risco de evicção, ou, delle informado, o não assumiu (art. 1.108, *Esboço,* art. 3.514, 3°).

Salvo estipulação em contrario, tem direito o evicto, além da restituição integral do preço, ou das quantias, que pagou: á

(1) Enneccerus, *Lehrbuch des bürgerlichen Recht.* I, 2, pag. 320; Leonhard, *Beweislast*, pag. 391; *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 24 de junho de 1911.

indemnização dos frutos, que tiver sido obrigado a restituir; á das despesas dos contractos, e dos prejuizos, que, directamente, resultaram da evicção; ás custas judiciaes (art. 1.109, Code Civil, art. 1.630). No direito civil anterior dispensavam-se os juros (Ord., Liv. IV, tit. 45, § 3), no commercial exigiam-se (Codigo Commercial, art. 213). Esta é a solução do Codigo, art. 1.109 combinado com o art. 1.061. Subsistem as obrigações do art. 1.109, ainda que a coisa alienada esteja deteriorada; quer dizer: o valor della é o do instante da compra (contra o direito romano, instante da evicção), salvo, accrescenta a lei, se o adquirente deteriorou a coisa dolosamente (art. 1.110), porque então o alienante não terá de pagar aquillo a que foi condemnado o adquirente; ou se das deteriorações tiver auferido vantagens e não tiver sido condemnado a pagar as deteriorações, porque, então, serão diminuidas á quantia que o alienante tivér de pagar (art. 1.111, Code Civil, art. 1.632; Codigo Commercial, art. 215 2ª alinea). As bemfeitorias, necessarias ou uteis, não abonadas ao que soffreu a evicção, serão pagas pelo alienante (art. 1.112, Code Civil, art. 1.634). Se as bemfeitorias abonadas ao que soffreu a evicção tiverem sido feitas pelo alienante, o valor dellas será levado em conta na restituição da divida (art. 1.113; *Esboço,* art. 3.541, cp. Codigo Civil português, art. 1.047, § 5, mexicano, art. 1.506). No caso de evicção *parcial,* o Codigo adopta os arts. 1.636, 1.637 Code Civil. E' de lamentar a abstrusa construcção do Codigo que podia, com proveito e mais exacto senso das realidades, afastar-se do velho typo da evicção (cp. *Esboço,* art. 3.546).

Para poder executar o direito, que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litigio o alienante, quando e como lho determinarem as leis do processo (art. 1.116). Differem o

Code Civil, art. 1.640, o italiano, art. 1.497, venezuelano, art. 1.560, a Lei suiça, art. 193. O *Esboço,* art. 3.527, fazia-o responsavel, ainda sem a notificação, 1°) se *inutil,* por não haver opposição plausivel ao direito do vencedor, 2°) se por culpa do proprio alienante, 3°) se tal chamamento a juizo foi renunciado por clausula expressa do contracto. Não temos, evidentemente, o 1° caso, que foi incluido pelo argentino, artigo 2.111.

Segundo o Reg. n. 737, de 25 de novembro de 1850, art. 113, o momento, para notificação do alienante, é o da propositura da acção.

Não póde o adquirente demandar pela evicção: I) Se foi privado da coisa, não pelos meios judiciaes, mas por caso fortuito, força maior, roubo ou furto; II) se sabia que a coisa era alheia ou litigiosa (art. 1.117). E' de extrema ingenuidade o dispositivo, pois está implicito na definição de evicção e o n. II já o inseria o art. 1.108.

160. Contractos aleatorios. — Quatro artigos, de sensivel caracter generalizador, provindos, com esta feição larga, da Camara dos Deputados (*Trabalhos,* vol. VI, pag. 383), que os recebera, sem tal generalização, do *Esboço* de Teixeira de Freitas, arts. 2.109-2.112 (vendas aleatorias), constituem o capitulo especial, a que já nos referimos. No paragrapho unico do art. 1.119 ha erro, de que trataremos no lugar devido sobre *Incorrecções.*

São aleatorios: I) os contractos que dizem respeito a coisas futuras, no qual o alienante só responde por sua culpa (art. 1.108), comprehendidos os riscos de *quantidade* (art. 1.119), que são riscos de existencia; II) os que se referem a coisas existentes, mas expostas a riscos, como a venda do gado que

[illegible] da carga do navio em via de naufragio conhecido das partes (1.120).

No Code Civil apenas se define o contracto aleatorio, art 1.964, 1.104 (cf. italiano, art. 1.102, espanhol 1.790, chileno 1.441, 2.258, uruguayo, 1.250, 2.167, venezuelano, art. 1.177, peruano, 1.729, 1.730, boliviano, 1.323). No austriaco, ha os arts. 1.267-1.269, no portuguès, os arts. 1.537-1.543, mas é incompleta a definição. Define-os e enumera-os o mexicano, arts. 2.701-2.704, que considera doação condicional aquelle em que a parte que deve receber a prestação, não fica sujeita a nenhuma retribuição, se se realizar o acontecimento incerto.

Ao Codigo argentino, arts. 1.404-1.407, serviu de fonte o *Esboço*, arts. 2.109-2.112, mas o art. 2.051 provém do Code Civil, art. 1964 1ª alinea. Alludem a contractos aleatorios, sem disposições geraes, o B. G. B., a lei suiça e o Codigo do Montenegro. O Codigo Civil brasileiro copiou os preceitos do *Esboço* e generalizou-os. A aleatoriedade dos contractos póde derivar da natureza do contracto (seguros, constituição de renda vitalicia, jogo, aposta) ou resultar de vontade das partes. A uns e outros são applicaveis as regras legaes. Nuns e noutros não cabe a reclamação por vicios redhibitorios (art. 1.101). Mas podem contractos ordinariamente aleatorios conter clausulas que lhes modifiquem a natureza, v. g. a *emptio spei* com os precisos caracteres e a responsabilidade do vendedor pela *alea* ou a prestação alternativa, para o caso de acontecimento desfavoravel.

I) Se o contracto fôr aleatorio, por dizer respeito a *coisas futuras*, cujo risco de não virem a existir assuma o adquirente, terá direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tenha havido culpa, ainda que dellas não venha a existir absolutamente nada (art. 1.118, generalizado do art. 2.109 do *Esboço*, relativo á venda). Se fôr aleatorio, por serem objec-

to delle *coisas futuras*, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir *em qualquer quantidade*, terá tambem direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior á esperada (art. 1.118, generalizado do *Esboço,* art. 2.110, relativo á venda). Constitue applicação do art. 1.118, porquanto vir a existir só *em parte* é caso particular de vir a não existir quanto a umas coisas e a existir quanto a outras.

II) Se fôr aleatorio, por se referir a coisas existentes, mas expostas a risco assumido pelo adquirente, terá, igualmente, direito o alienante a todo o preço, posto que a coisa já não existisse, em parte ou de todo, no dia do contracto (art. 1.120, generalizado do *Esboço,* art. 2.112, que se referia á venda). Mas é regra geral (art. 94) que, nos actos bilateraes, o silencio intencional de uma das partes a respeito de facto ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitue omissão dolosa, provando-se que, sem ella, se não teria celebrado o contracto. Por isto, dispôs o art. 1.121 (generalizado do *Esboço,* art. 2.112): A alienação aleatoria do artigo antecedente (art. 2.111) poderá ser annullada como dolosa pelo prejudicado, se provar que o outro contraente não ignorava a consummação do risco, a que no contracto se considerava exposta a coisa.

No Codigo Commercial, determina o art. 677 IV, IX: "O contracto de seguro é nullo: quando o objecto do seguro não chega a pôr-se effectivamente em risco; sobre objectos que na data do contracto se achavam já perdidos ou salvos, havendo presumpção fundada de que o segurado ou segurador podia ter noticia do evento ao tempo em que effectuou o seguro. Existe esta presumpção, provando-se por alguma forma que a noticia tinha chegado ao lugar em que se fez o seguro, ou aquelle donde se expediu a ordem para elle se effectuar ao tempo

da data da apolice ou da expedição da mesma ordem, e que o segurado ou segurador a sabia. Se, porém, a apolice contivér a clausula — *perdido ou não perdido* — ou — *sobre bôa ou má nova* — cessa a presumpção, salvo provando-se fraude".

TITULO V

ESPECIES DE CONTRACTOS

I) COMPRA E VENDA

161. Compra e venda. — Começa-se, como o B. G. B., pela definição, mas diz-se que tem por objecto a prestação de *certa* coisa, mediante *certo* preço. E' inexacto: quanto ao preço, porque póde ser fixado a arbitrio de terceiro ou deixado ás cotações de determinado dia e lugar; quanto á coisa, pois a *emptio spei* póde não se referir a coisa individuada, mas á que surgir de determinado facto. Ademais, qualquer venda de esperança, ou do que se liquidar do deposito existente em poder de terceiro, não é *certa coisa,* mas "*uma* coisa", como dizem o *Esboço,* art. 1.971, e o B. G. B. § 433.

A fixação do preço póde ser deixada a arbitrio de terceiro, que os contraentes logo designarem ou prometterem designar. Se o terceiro não aceitar a incumbencia, ficará sem effeito o contracto, salvo quando acordarem os contraentes designar outra pessôa (art. 1.123, tirado do *Esboço,* art. 2.003; cp. L. 7, D. 18, 1, Ord., Livr. IV, tit. 1, § 1º, e Codigo Commercial, art. 194, Code Civil, art. 1.592). O *Esboço,* art. 2.005, accrescentava (e devemos attendê-lo no systema do Codigo) que a estimação pelo terceiro será irrevogavel. E se a parte não designar o terceiro? Poderá ser intimada a nomeá-lo, sob pena de o ser pelo juiz (cp. *Esboço,* art. 2.004). No caso de discor-

dancia, dizia o *Esboço,* vence a maioria dos terceiros designados; e se discordarem todos, de modo que nenhum preço tenha maioria absoluta de votos, a venda será nulla, salvo se as partes chegarem a novo acôrdo (*Esboço,* art. 2.006). Restaria saber se a maioria tem de ser absoluta. As questões ficaram prejudicadas por só se ter cogitado de *um* terceiro.

Tambem se poderá deixar a fixação do preço á taxa do mercado, ou da bolsa, em certo e determinado dia e lugar (art. 1.124; *Esboço,* art. 2.002 2º e 3º; cp. Codigo Commercial, art. 193, Codigo Civil italiano, art. 1.454, ultima alinea, português, art. 1.546, espanhol, art. 1.448, argentino, art. 1.353, alemão, § 453). Se a cotação variar no mesmo dia, prevalecerá o termo medio, segundo dispõem o art. 947 § 4º, e o Codigo Commercial, art. 193. Se ao arbitrio exclusivo de uma das partes se deixa a taxação do preço, nullo será o contracto de compra e venda (art. 1.125; *Esboço,* art. 2.000 2º, cp. L. 35, § 1, D., 18, 1; L. 17, D., 45, 1; Codigo Civil espanhol, art. 1.449, chileno, art. 1.809 2ª alinea, mexicano, art. 2.817, argentino, art. 1.355). Bem assim, quando as partes não o determinarem, ou não estabelecerem dados para o determinar (*Esboço,* art. 2.000 1º).

A compra e venda, quando pura — isto é, sem condição ou termo — considerar-se-á obrigatoria e perfeita, desde que as partes acordarem no objecto e no preço (art. 1.126). Ao contrario do Code Civil, art. 1.583, italiano, art. 1.448, venezuelano, art. 1.514, boliviano, art. 1.004, a compra e venda não opera a transferencia do dominio. No systema do Codigo, della sómente se origina obrigação de dar; para a translação do dominio, é de mistér, para os moveis, a tradição, e para os immoveis, a transcripção ou registo. Se a coisa não pertence ao vendedor, mas depois a adquire, revalida-se o contracto. Se decorrer o prazo para a usucapião, o comprador adquirirá o do-

minio. A compra e venda póde ser de coisas futuras ou de coisas presentes que podem vir a não existir: applicam-se, então, os principios do Codigo relativos aos contractos aleatorios. No direito commercial, na venda do estabelecimento póde ser incluida a freguesia. No direito civil, poderá o medico, o advogado, o engenheiro incluir a clientela.

Não podem ser vendidas: 1) as coisas cuja alienação foi vedada por actos entre vivos ou *mortis causa*, desde que valida a vedação; 2) as substancias alimenticias alteradas ou falsificadas (Codigo Penal, art. 164); 3) as acções de sociedades anonymas antes de realizados 40 % do capital subscripto (Decreto n. 434, de 4 de julho de 1891, arts. 25-29); 4) venenos e substancias medicamentosas, não sendo observadas as disposições dos regulamentos sanitarios (Codigo Penal, art. 159); 5) livros, estampas e estatuas obcenas; 6) as coisas referidas no art. 1.133.

A alienação de immoveis e de direitos reaes, cujo valor exceder de um conto de réis, não se considera perfeita antes de lavrada a escriptura publica (art. 134 n. II), mas a promessa valerá como precontracto (*Vorvertrag*), de acôrdo com o art. 1.088. A jurisprudencia, opposta a isto, constitue entrave á vida economica e financeira do país. E' premente modificá-la.

Os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam (art. 1.132; Ord.. Liv. IV, tit. 12, que permittia ser tacito o consentimento). O Codigo Civil português, art. 1.565, refere-se a *paes* e *avós*, e permitte o supprimento por um conselho de familia, convocado para isto, se algum dos filhos ou netos se opuser. Manteve-se tambem o consentimento tacito. No Brasil, se um ou alguns dos descendentes forem menores, e o vendedor fôr o pae ou a mãe com patrio poder ou avós com tutela, nomeará o juiz tutor *ad-hoc* ou curador especial que representará

o menor de dezeseis annos e assistirá ao de mais de dezeseis annos (arts. 5, 6). Se a venda fôr feita, sem expresso consentimento, será nulla: "e por morte do vendedor", diziam as Ord., Liv. IV, tit. 12, e ainda hoje devemos ter por implicito no systema do Codigo o preceito, "a coisa, que assim fôr vendida, ou trocada, será partida entre os seus descendentes, que seus herdeiros forem, como que estivera em poder do vendedor, e fôra sua ao tempo de sua morte, sem por isso pagarem preço algum ao que a comprou".

No Brasil, como em Portugal (Dias Ferreira, *Codigo Civil português annotado*, vol. IV, pag. 26), a nullidade destas transmissões póde ser julgada no juizo do inventario, sem ser necessario recorrer á acção ordinaria, que só se refere ás nullidades relativas, e o adquirente não tem direito a reembolsar o preço por se presumir fraudulento o contracto. Sem razão, Clovis Bevilaqua considera relativa a nullidade e, pois, *annullavel* e não *nullo* o contracto. Mas bastará ler os arts. 1.132. 145 IV. São, entenda-se, os descendentes que podem ser herdeiros no momento, v. g. os filhos e os netos, se mortos os paes destes, e não os que só eventualmente herderão. Se vivos os filhos, os netos não terão de ser ouvidos. Se algum dos que devam ser ouvidos discordar, a venda não poderá ser feita (era differente a Ord., Liv. IV, tit. 12).

Não podem ser comprados, ainda em hasta publica: I. Pelos tutores, curadores, testamenteiros e administradores, os bens confiados á sua guarda e administração. II. Pelos mandatarios, os bens, de cuja administração, ou alienação, estejam encarregados. III. Pelos empregados publicos, os bens da União, dos Estados ou dos Municipios, que estiverem sob a sua administração, directa ou indirecta. A mesma disposição applica-se aos juizes, arbitradores, ou peritos, que, de qualquer modo, possam influir no acto ou no preço da venda. IV. Pe-

los juizes, empregados de fazenda, secretarios de tribunaes, escrivães e outros officiaes de justiça, os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juizo, ou conselho, no lugar onde esses funccionarios servirem, ou a que se extender a sua autoridade (art. 1.133; Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, art. 585; Projecto da Camara dos Deputados, art. 1.135). Esta prohibição comprehende a venda e (ou lê-se no Codigo) cessão de credito, excepto se fôr ou entre coherdeiros, ou em pagamento de divida, ou para garantia de bens já pertencentes a pessoas designadas no artigo anterior, n. IV (art. 1.134; Codigo Civil italiano, art. 1.458 2ª alinea).

Até o momento de tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador (art. 1.127; Codigo Commercial, art. 206, pr.). O B. G. B., cujo I Projecto o inspirou, é mais completo: refere-se aos immoveis, se a transcripção foi feita antes da entrega (§ 446 2ª alinea). Mas, no systema do Codigo, o mesmo se ha de decidir: certamente os effeitos se produzem a partir da transcripção, se esta precedeu á tradição do immovel (art. 530 I). E' uma excepção razoavel á theoria da execução (*Erfüllungstheorie*) ou da entrega (*Lieferungstheorie*).

No direito anterior, no commum e no Code Civil, arts. 1.624, 1.138, adopta-se a theoria romana. Aceitou-se no Brasil o principio germanico. Todavia, os casos fortuitos, occorrentes no acto de contar, marcar, ou assignalar coisas, que, commummente, se recebem, contando, pesando, medindo ou assignalando, e que já tiverem sido postas á disposição do comprador, correrão por conta deste (art. 1.127, § 1°; cp. Code Civil, art. 1.585, italiano, art. 1.450; espanhol, 1.452, chileno, 1.821, venezuelano, 1.516, mexicano, 2.824, dos quaes alguns differem entre si e todos do brasileiro, mas razoavel). Correrão, tambem, por conta do comprador, os riscos das referidas coisas, se

estivér em mira de as receber, quando postas á sua disposição no tempo, lugar e pelo modo ajustados, (§ 2º; B. G. B. §§ 300, 324 alinea 2ª). Cp. arts. 865-868, 957. Se houver mora na entrega ou no recebimento, applicar-se-ão os artigos 956-963.

Além da excepção do § 462 alinea 2, conhece o B. G. B. a do § 447 ao principio germanico que adoptou. Esta, oriunda do velho H. G. B. alemão, art. 345, passou, expressamente, ao Codigo brasileiro, art. 1.128: Se a coisa fôr expedida para lugar diverso, por ordem do comprador, por sua conta correrão os riscos, uma vez entregue a quem haja de transportá-la, salvo se das instrucções delle se afastar o vendedor.

Se a venda não fôr a credito, não é obrigado o vendedor a entregar a coisa antes de receber o preço (art. 1.130; Code Civil, art. 1.612). Nas Ordenações, Liv. IV, tit. 5, § 1º, mandava-se entregar a coisa; se, depois, não se pagasse o preço, entendia-se não feita a entrega (Ord., Liv. IV, tit. 7, pr., cp. Liv. IV, tit. 2, pr., e Codigo Commercial, art. 197). Evidentemente é melhor a solução do Codigo (cp. art. 1.092). O art. 1.131 (Code Civil, art. 1.613) é redundante, constitue applicação do art. 1.092 2ª alinea. Não se tire de tal referencia especial, que o preceito geral (art. 1.092 2ª alinea) não continuará applicavel se ao vendedor occorre a diminuição do patrimonio, a que a lei se reporta, e duvidosa se tornar a tradição da coisa.

Se a venda se realizar á vista de amostras (Kauf nach Probe oder nach Muster), entender-se-á que o vendedor assegura ter a coisa vendida as qualidades por ellas apresentadas (art. 1.135; I Projecto alemão § 470, B. G. B. § 494). Se foi feita por amostras, será questão de interpretação da vontade, e não de expressa declaração do contracto.

Se, na venda de um immovel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, ás dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isto possivel, o de reclamar a rescisão do contracto ou abatimento proporcional do preço. Não lhe cabe, porém, esse direito, se o immovel foi vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referencia ás suas dimensões (art. 1.136). Presume-se que a referencia ás dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a differença encontrada não exceder de 1/20 da extensão total enunciada (art. 1.136 paragrapho unico). No B. G. B., mais uma vez se allude ao *interesse* do adquirente. Quis o brasileiro que se presumisse, em fixação quantitativa, a permanencia deste interesse. Resta saber se esta presumpção é absoluta. Interpretar assim a lei é fazê-la dizer o absurdo: se comprei o terreno exacto para, ao lado de minha casa, fazer a entrada de automovel, e verifico que, por ser menor de 1/20, o terreno, para isto imprestavel é o que comprei, seria injusta a lei se considerasse inrescindivel a compra. A substituição do quantitativo ao qualitativo, caso particular da *approximative Surrogationsmethode* de R. von Jhering, constitue progresso, mas até onde o quantitativo artificial não deforma, violentamente, a realidade. Aliás esta relatividade concerne a todos os casos de subrogação aproximativa. Já o dissemos noutro livro (1).

---

(1) *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, Rio de Janeiro, 1922, vol. II, pag. 249: "Faz-se a corrigenda, ou por attenuações, ou, de modo absoluto, pela força mesma do descobrimento. São exemplos de attenuações: a individualização da pena; a exclusão do caso á regra aproximativa, como se a criança fôr de menos de seis meses e viver, ou nascer depois de trezentos dias. Se a lei de accidentes incluisse, entre os agentes causadores de certa doença, determinada materia prima, e depois se provasse scientificamente não haver nenhuma relação de causa entre uma e outra, seria absurdo manter a applicação da regra juridica. Dar-se-ia a corrigenda integral. No essencial, foi a quantitatividade scientifica que prevaleceu contra o quantitativismo artificial da technica".

Nas coisas vendidas conjuntamente, dispõe o art. 1.138, o defeito occulto de uma não autoriza a rejeição de todas. No *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 3.590, 2; adoptava-se a redhibição de todas, se collectivamente vendidas. No B. G. B. § 469, qualquer das partes póde pedir que se extenda a todas a resolução (Wandelung), quando as coisas viciadas não podem, sem prejuizo do comprador ou do vendedor, ser separadas das outras. No Codigo Civil brasileiro, art. 1.138, ha defeito de technica que noutros lugares já notamos, por exemplo, nos arts. 1.092 paragrapho unico (cp. B. G. B. § 326 2ª alinea), 1.136 paragrapho unico (cp. B. G. B. § 468).

No *Esboço*, art. 9.591, permittia-se a resolução, ainda que compradas singularmente as coisas, se, tratando-se de animaes do mesmo rebanho, algum trouxesse doença contagiosa. E' lacuna lamentavel do Codigo.

No caso de excesso, em vez de deficiencia, não cabe applicar-se o art. 1.136, exclusivamente favoravel ao comprador.

Se a venda foi em hasta publica, attender-se-á ao art. 1.106. O art. 1.137 era escusado, porque já se declarou o mesmo no art. 677.

Não póde um condomino em coisa *indivisivel* vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, "tanto por tanto", isto é, pelo mesmo preço. O condomino, a quem não se dér conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a coisa vendida a estranhos, se o requerer no prazo de seis meses (art. 1.139). Sendo muitos os condominos, preferirá o que tiver bemfeitorias de maior valor, e, na falta de bemfeitorias, o de quinhão maior. Se os quinhões forem iguaes, haverão a parte vendida os comproprietarios, que a quiserem, depositando, préviamente, o preço (art. 1.139 paragrapho unico, Codigo Civil português, art. 1.566). No Co-

digo português é que se fala na indivisibilidade da coisa. Mas, no direito brasileiro, a regra devia concernir ao condominio, divisivel ou não a coisa (cp. art. 633).

162. **Retrovenda.** — Quanto a retrovenda ou retracto convencional, *rachat* ou *réméré* dos franceses, *Wiederkauf* dos alemães, o Code Civil, arts. 1.659, 1.673 1ª alinea, inspirou o art. 1.140. No direito anterior, a retrovenda tambem só se applicava a immoveis, como no Codigo Civil austriaco, § 1.070, Nov. III art. 130). O português, art. 1.587, prohibe a retrovenda. O prazo para o resgate, ou retracto, não passará de tres annos, sob pena de se reputar não escripto; presumindo-se estipulado o maximo do tempo, quando as partes o não determinarem (art. 1.141). Ainda aqui se observa a perniciosa generalização quantitativa do Codigo: o B. G. B. fixa 30 annos para os immoveis e 3 para os moveis (§ 503), e dos outros Codigos que generalizam, só o argentino, artigo 1.381, o peruano, art. 1.451, o uruguayo, art. 1.754, descem a 3 annos. O prazo de retracto, expresso ou presumido, prevalece ainda contra o incapaz. Vencido o prazo, extingue-se o direito ao retracto, e torna-se irretractavel a venda (artigo 1.141 paragrapho unico; Code Civil, art. 1.662; L. 7, § 1º, D., 20, 5).

O terceiro que adquire o immovel tem propriedade sujeita a condição resolutiva; a reserva do direito de retrovenda tem effeito exclusivamente *obrigacional*. Mas, diz o art. 1.142, o vendedor conserva a sua acção contra os terceiros adquirentes da coisa retrovendida, ainda que elles não conhecessem a clausula do retracto. Não ha direito real de retracto (*Rücktrittsrecht*), mas direito a nova venda.

O direito de retrovenda é herdavel e transferivel (*Esboço*, art. 2.087). A lei, porém, nada diz. Tambem não fala da fórma da declaração de resgate. No B. G. B. § 497, dispôs-se que não se exige a mesma fórma do contracto. Assim devemos entender no Brasil, se bem que omissa a lei. Quanto á impossibilidade de retrovenda, pela perda ou deterioração do immovel, observar-se-ão os principios geraes.

Se duas ou mais pessôas tiverem direito ao retracto sobre a mesma coisa, e só uma o exercer, poderá o comprador fazer intimar as outras, para nelle acordarem (art. 1.143). Não havendo acôrdo entre os interessados, ou não querendo um delles entrar com a importancia integral do retracto, caducará o direito de todos (§ 1°). Se os differentes condominos do predio alheado o não retrovenderem, conjuntamente e no mesmo acto, poderá cada qual, de per si, exercitar, sobre o respectivo quinhão, o seu direito de retracto, sem que o comprador possa constranger os demais a resgatá-lo por inteiro (§ 2°). Inspirou-se no Code Civil, arts. 1.668-1.671 (cp. L. 11, §§ 1, 13, fr., D, 18, 2). No B. G. B. § 502 tem de ser por inteiro, *im Ganzen,* ainda que a muitos em commum pertença o direito de resgate; e se extincto para um, ou se um delles não quiser exercer, os restantes o exercem no todo.

163. Venda a contento. — Quanto á venda a contento (*Kauf auf Probe*), o Codigo Civil houve do *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 2.075, o art. 1.144 e seu paragrapho. A venda a contento reputar-se-á feita sob condição suspensiva, se no contracto não se tiver dado, expressamente, o caracter de condição resolutiva (art. 1. 144, cp. B. G. B. § 495). Nesta especie de venda, classifica-se a dos generos, que se costumam provar, medir, pesar ou experimentar, antes de a-

ceitos (art. 1.144 paragrapho unico, cp. Codigo Civil português, art. 1.551). Do Codigo Civil austriaco, art. 1.080, recebeu o art. 1.145, que considera as obrigações do que recebeu a coisa, antes de aceitá-la, como de mero commodatario (*Esboço,* art. 2.076). E' digno de nota, que a Nov. III, art. 132, substituiu o art. 1.080 do Codigo austriaco. Hoje se diz que a condição, na duvida, é suspensiva, e risca-se a allusão a commodatario.

Se o comprador não fizer nenhuma declaração dentro no prazo, reputar-se-á perfeita a venda, quer seja suspensiva a condição, quer resolutiva; havendo-se, no primeiro caso, o pagamento do preço como expressão de que aceita a coisa vendida (art. 1.146, *Esboço,* art. 2.077; cp. Codigo Civil argentino, art. 1.378, que copiou o *Esboço,* Lei suiça de 1611, art. 225, B. G. B. § 496). Não havendo prazo estipulado para a declaração do comprador, o vendedor terá direito a intimá-lo, judicialmente, para que o faça em prazo improrogavel, sob pena de considerar-se perfeita a venda (art. 1.147, *Esboço* (1), art. 2.079, que foi seguido pelo argentino, artigo 1.379, Lei suiça de 1881, art. 270, de 1911, art. 224 2ª parte, B. G. B. § 496 1ª parte *in fine*). O direito resultante da venda a contento não é transferivel nem herdavel (artigo 1.148). Se o comprador aliena a coisa, considera-se perfeita a venda, sem que o terceiro tenha qualquer direito de exame — fundado na venda primitiva.

164. Venda por amostras. — Da venda mediante amostras, *Kauf nach Probe,* tratou o art. 1.135.

---

(1) A' solução do art. 1.174 chegou Teixeira de Freitas por si só, antes de 1860. O velho H. G. B., art. 339, é de 1861, o Projecto saxonico, § 1.104, de 1863.

165. Preempção ou preferencia. — A preempção ou preferencia impõe ao comprador a obrigação de offerecer ao vendedor a coisa que aquelle vae vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto (art. 1.149; Codigo Civil austriaco, § 1.072). Mas verdade é que o principio de liberdade, *Freiheitsprinzip*, que domina o direito das obrigações, zomba de restricções legaes: poderá existir, e assaz se pratica, o direito de preempção caso de locação, por exemplo. Assim tambem occorreu na Austria, H. Demelius, Ehrenzweig, inclusive em contractos autonomos. No Codigo Civil, o art. 1.152 declara que tal direito só se extende ás situações de venda e ás do art. 1.150: desapropriação pela União, Estado ou Municipio, que devem, se não se dér ao bem desapropriado o destino allegado, offerecer ao ex-proprietario pelo mesmo preço. Mas é preciso attender a que se trata de regra relativa ao instituto do Codigo e sem offensa á liberdade de convenção dos contractos. No direito brasileiro não ha direito real de preempção (cp. B. G. B. § 1.094 e seguintes), mas simplesmente obrigacional. Não se justificaria a prohibição do *ius protimiseos*. Do *Esboço*, artigo 2.090, de onde procede o art. 1.152, tira-se que só em caso de venda ou dação em pagamento, e que, no caso de constituição de direitos reaes, como as servidões, a hypotheca, não pode o antigo vendedor allegar o direito de preferencia.

A boa interpretação deve concluir que o direito de preferencia por acto juridico póde ser firmado em contracto de venda ou para certo contracto de venda, como póde ser autonomo em outro ajuste ou incluido em disposição testamentaria (legados).

O comprador obrigado a preempção deve avisar que deseja vender a coisa e qual o preço (arg. aos arts. 1.153, 1.536).

O vendedor póde tambem exercer o seu direito de prelação, intimando ao comprador, quando lhe constar que este vae vender a coisa (art. 1.151, Projecto de Clovis Bevilaqua, artigo 1.151). Trata-se de uma *einseitige, empfängsbedurftige Willenserklärung,* como na retrovenda.

Se o obrigado avisar o titular do direito, caducará o direito de preempção, se a coisa fôr movel, se não se exercer nos tres dias, e, se fôr immovel, nos trinta subsequentes ao em que se deu o aviso (art. 1.153; *Esboço,* art. 2.091, 1º e 2º).

Quando o direito de preempção fôr estipulado a favor de dois ou mais individuos em commum, só poderá ser exercido em relação á coisa no seu todo. Se alguma das pessôas, a quem elle toque, perder, ou não exercer o seu direito, poderão as demais utilizá-lo na fórma sobredita (art. 1.154, II Projecto alemão § 446, B. G. B. § 513). Pena é que o Codigo que aqui seguiu ao alemão, no art. 1.143 adoptasse outro criterio. Não é pratica a discordancia, nem, no systema do Codigo, obedece ao seu ás vezes injustificado, mas neste ponto recommendavel pendor ás disposições symetricas e geraes.

Aquelle que exerce a preferencia está, sob pena de a perder, obrigado a pagar, em condições iguaes, o preço encontrado ou o ajustado (art. 1.155, Codigo Civil austriaco, § 1.077, argentino, art. 1.393 2ª e 3ª partes, B. G. B. § 505, 2ª alinea). Responderá por perdas e damnos o comprador, se ao vendedor não dér sciencia do preço e das vantagens, que lhe offereceu pela coisa (art. 1.156; Codigo Civil austriaco, art. 1.079, argentino, art. 1.394). O direito de preferencia

não se póde ceder nem passar aos herdeiros (art. 1.157; Codigo Civil austriaco, art. 1.074, argentino, art. 1.396, cp. alemão § 514). Entende-se, porém, que póde ser estipulado a favor de terceiro, o que assaz minora os inconvenientes do art. 1.157, demasiado rigido. No B. G. B. § 514, adopta-se solução mais justa e menos artificialmente compressora: ao principio coercitivo da intransferibilidade e activa insuccessibilidade hereditaria, segundo a theoria e a legislação anterior (P. L. R., I, tit. 20, § 594; no Codigo Civil saxonico, § 1.127) preferiu-se o da não absoluta coercitividade. Do lado passivo, o direito opera contra os herdeiros do obrigado. O art. 1.457 sómente se refere ao lado activo e não attinge o direito de preempção não regido pelos arts. 1.149-1.156 e, apesar da natureza do direito de preferencia no caso do art. 1.150, a lei não o considerou transmissivel aos herdeiros.

Cumpre ainda ter em vista que é transferivel e herdavel o direito que resulta do direito de preempção já exercido (cp. *Motive*, II, pag. 351).

166. Pacto de melhor comprador. — O Codigo Civil regulou o pacto de melhor comprador, mas prohibiu-o na venda de moveis, imitando o Codigo Civil argentino, art. 1.400 1ª alinea. O contracto de compra e venda póde ser feito com a clausula de se desfazer, se, dentro em certo prazo, apparecer quem offereça maior vantagem (art. 1.158; *Esboço*, artigo 2.015, Codigo Civil austriaco, § 1.083). Não excederá de um anno esse prazo, nem essa clausula vigorará senão entre os contraentes (art. 1.158 paragrapho unico). Este preceito mataria o pacto de melhor comprador no direito brasileiro: 1°) porque deu caracter de imperativo ao que, no austria-

co, é apenas *dispositivo; 2º)* postulou a incedibilidade ou insuccessibilidade hereditaria do direito, no lado activo e passivo, mas trata-se de regra absurda. Como admittir a intransferibilidade ou inherdabilidade de direito oriundo de pacto de melhor comprador, direito que nada tem de ligado a pessôa do vendedor e do comprador? Para se notar o absurdo, basta pensar que, se inherdavel o direito (do lado activo e do lado passivo, pois a lei se refere a "contraentes"), morrendo o vendedor e o comprador, não se tornaria definitiva a venda para os herdeiros destes nem aos do devedor ficaria o direito de desfazê-la. Devemos entender: não ha direito real, mas só obrigacional, — só opera entre os contraentes, e não contra terceiros. No *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 2.104, dizia-se: "O direito adquirido pelo pacto de melhor comprador póde ser cedido, e passa aos herdeiros do vendedor. Os credores do vendedor tambem podem exercer esse direito em caso do concurso".

O pacto de melhor comprador vale por condição resolutiva, salvo convenção em contrario (art. 1.159; *Esboço,* artigo 2.095, cp. Codigo Civil austriaco, art. 1.083, 1.084). Se, dentro no prazo fixado, o vendedor não aceitar proposta de maior vantagem, a venda se reputará definitiva (art. 1.162, Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 1.302). O *Esboço,* artigo 2.097, só prohibia o pacto de melhor comprador, nos moveis, quando resolutiva a condição: a lei prohibe-o em geral (art. 1.160; fonte: argentino, art. 1.400 1ª alinea). O artigo 1.161 — o comprador prefere a quem offerecer iguaes vantagens — provém do *Esboço,* art. 2.098, que passou ao argentino, art. 1.401.

167. Pacto commissorio. — Ajustado que se desfaça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contracto, ou pedir o preço (artigo 1.163). Ora, pelo systema do Codigo, é implicita em todo contracto bilateral (art. 1.092) a clausula resolutiva: porque pois, regular o pacto commissorio? No paragrapho unico estabelece prazo de dez dias, contra o criterio até então adoptado.

II) TROCA

168. Troca. — São applicaveis á troca as disposições referentes á compra e venda, com as seguintes modificações: I) Salvo disposição em contrario, cada um dos contractantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca; II) E' nulla a troca de valores desiguaes entre ascendentes e descendentes, sem consentimento expresso dos outros descendentes (art. 1.164; Ord., Liv. IV, tit. 12, e IV, tit. 38, pr., Codigo Commercial, arts. 221-225). E' de notar a expressão — nulla — do art. 1.164 II, alludindo á troca entre ascendentes e descendentes, o que reforça a interpretação tradicional de que não se trata de nullidade relativa, mas de nullidade que não depende de acção ordinaria, segundo dissemos ao tratar da compra e venda.

III) DOAÇÃO

169. Doação. — Considera-se doação o contracto com que uma pessôa, por liberalidade, transfere do seu patrimonio bens ou vantagens para o de outro, que os aceita (art. 1.165, *Esboço*, art. 2.119, Projectos de Felicio dos Santos, artigo

2.372, Coelho Rodrigues, art. 990, Bevilaqua, art. 1.304, Code Civil, art. 894, B. G. B. § 516). No direito anterior, se "pura e simples", a doação, podia aceitá-la o proprio tabellião, phenomeno que estudamos em sua construcção juridica (1), porém o Codigo não mais o permitte. E' de mistér a aceitação, salvo o caso do art. 1.173. Não se regulou a doação *mortis causa*, mas allude-se a ella, no art. 314, a respeito de doações *propter nupcias*. Pelo facto de não tratar dellas, não se conclúa que as prohibiu.

O art. 1.166 provém do I Projecto alemão, § 438 1ª e 2ª partes (B. G. B. § 516 2ª alinea 1ª e 2ª partes). A doação feita em contemplação do merecimento do donatario não perde o caracter de liberalidade, como o não perde a doação remuneratoria, ou a gravada, no excedente ao valor dos serviços remunerados, ou ao encargo imposto (art. 1.167, Projecto de Coelho Rodrigues, art. 991, cp. Codigo Civil italiano, art. 1.051). São as tres especies — a doação recompensatoria, *belohnende Schenkung*, a remuneratoria, e a com encargo, *Schenkung unter einer Auflage* (cp. art. 1.101), *sub modo*.

A doação far-se-á por instrumento publico ou particular (art. 1.168). Mas será sempre por instrumento publico nos casos do art. 134. Será valida a doação verbal, se, versando sobre bens moveis e de pequeno valor, se lhe seguir, immediatamente, a tradição (art. 1.168 paragrapho unico). Foi feliz o Codigo Civil em não fixar o valor das coisas moveis susceptiveis de doação verbal: cairia no erro dos Codigos Civis chileno, art. 1.401, peruano, art. 596. O "pequeno valor" da doação de bens moveis tem de ser relativo ao que possue

(1) PONTES DE MIRANDA, *Da Promessa de Recompensa*. Rio de Janeiro, 1922-1925, pags. 71-78.

o doador e attender aos habitos e usos da sociedade em que vive.

A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelos paes (art. 1.169, Codigo Civil italiano, art. 1.059 4ª alinea). Pelos paes, diz a lei; entenda-se: pelo que exercer o patrio poder, ou, se interdicta a mãe, o curador della e curador especial do nascituro. Se a pessôa ainda não tiver sido concebida, não haverá doação, salvo o caso do art. 647. Se nascer *sem vida*, caducará a doação. Aos menores, aos loucos, aos surdos-mudos, ao prodigo, á mulher casada, ao selvagem — "ás pessôas que não puderem contractar", diz o Codigo — é facultado, não obstante, aceitar doações puras (art. 1.170). Provém do Codigo Civil espanhol, art. 626, em cuja elaboração (Projecto espanhol de 1882, art. 623, onde já se dispensava, nestes casos, a aceitação), assaz se discutiu o assumpto: por fim, manteve a lei espanhola o principio da necessidade de aceitação e, contra as regras geraes sobre actos juridicos, permittiu a aceitação pelos incapazes: *"Las personas que no pueden contractar no podrán aceptar donaciones condicionales ú onerosas sin la intervención de sus legitimos representantes"* (Projecto de 1851, art. 945). Neste projecto espanhol deve ter-se inspirado o Codigo português, art. 1.478: "As pessôas, que não podem contractar, não podem aceitar, sem autorização das pessôas a quem pertence concedê-la, doações condicionaes ou onerosas. Porém as doações puras e simples, feitas a taes pessôas, produzem effeito, independentemente de aceitação, em tudo o que aproveitar aos donatarios". Se a doação é pura e simples, *tollitur quaestio;* sómente poderão ser proveitosas.

A doação dos paes aos filhos importa adeantamento de legitima (art. 1.171, — Ord., Liv. IV, tit. 97, cp. Codigo

Civil argentino, art. 1.805). A regra tambem se applica aos outros descendentes, conforme se vê dos arts. 1.785-1.795. A doação em fórma de subvenção periodica ao beneficiado extingue-se, morrendo o doador, salvo se este outra coisa dispuser (art. 1.172, tudo do I Projecto alemão, § 447, se bem que a Commissão revisora de 1900 tenha attendido á nova fórma do II Projecto § 467, B. G. B. § 520). Tambem a Lei suiça de 1911, art. 252 (*Schw. Entwurf* de 1905, artigo 1.295), bebeu na mesma fonte; bem assim o Codigo Civil japonês, art. 552. A doação feita em contemplação de casamento futuro com determinada pessôa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um delles, a ambos ou aos filhos, que, de futuro, houverem um do outro, não póde ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem effeito se o casamento não se realizar (art. 1.173, L. 21, D., 23, 3, Code Civil, arts. 1.082, 1.087, 1.088). Cp. arts. 256, 312, 313.

O doador póde estipular que os bens doados voltem ao seu patrimonio, se sobreviver ao donatario (art. 1.174, Code Civil, art 951. L. 2, C., 8, 55).

E' *nulla* a doação: de todos os bens, sem reserva de parte, ou renda sufficiente para a subsistencia do doador (artigo 1.175, — Ord.. Liv. IV, tit. 70, § 3º, cp. Codigo Civil português, art. 1.460, espanhol art. 634; e B. G. B. § 528, austriaco, § 944, chileno, art. 1.408); quanto á parte, que exceder a de que o doador, *no momento da liberalidade,* poderia dispôr em testamento (art. 1.176, cp. Code Civil, artigo 920, austriaco, § 951, B. G. B., §§ 2.325-2.329). Não se aprecia no momento da abertura da successão, Code Civil, artigo 920, mas da *doação,* — solução radical esta, para a qual não pareciam encaminhar-se as legislações (venezuelano, artigo 1.070, B. G. B. §§ 2.325 3ª alinea), que adoptavam

a solução intermedia (reducção das liberalidades sómente para aquellas a cuja prestação não se seguirem dez annos), ou continuavam com a solução franceza. Mas certo é que o artigo 1.176 errou o alvo protectivo a que se propôs: querendo beneficiar os herdeiros legitimos, mais os expôs á fraude. O doador doará, hoje, ½, ficando $^{a}/_{2}$ da fortuna *a*; amanhã, ½ de $^{a}/_{2}$, isto é, $^{a}/_{4}$, e assim por deante. O Code Civil obstava, absolutamente, a isto; o B. G. B. e o Codigo venezuelano, até certo ponto, mediante solução menos absoluta; o brasileiro viu o aspecto theorico, mas esqueceu-lhe o pratico.

A doação do conjuge adultero, declara o art. 1.177, ao seu cumplice póde ser *annullada* — quer dizer é *annullavel* (nullidade relativa, art. 152) — por provocação do outro conjuge, ou dos seus *herdeiros necessarios* (art. 1.721), até dois annos depois de dissolvida a sociedade conjugal (arts. 178, § 7, numero VI, 248, n. IV). No direito anterior, a lei só se referia á doação do marido á concubina (Ord., Liv. IV, tit. 66; Codigo Civil português, art. 1.480).

Salvo declaração em contrario, a doação em commum a mais de uma pessôa entende-se distribuida entre ellas por igual (art. 1.178, Codigo Civil espanhol, art. 637). Se os donatarios, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá, na totalidade, a doação para o conjuge sobrevivo (art. 1.178 paragrapho unico, Codigo Civil português, art. 1.467, e mexicano, art. 2.621, espanhol, art. 637 2ª alinea). No Projecto espanhol de 1851 não havia esta disposição: a excepção a favor dos casados entrou em 1882, depois do Codigo Civil português.

"O doador não é obrigado a pagar juros moratorios" (cp. B. G. B. § 522), "nem é sujeito á evicção, excepto no caso do art. 285", diz o Codigo, art. 1.179. A excepção não está

só; outras ha: I) no caso de dolo (art. 1.057); II) se remuneratoria; III) se gravada com encargo, (art. 1.167); IV) se constituida para casamento (arts. 284, 285); V) se recompensatoria, como no caso de recompensa ao merito ou por acto do donatario (caso em que, não sendo ao publico, não caberá nos arts. 1.512-1.517, relativos á promessa de recompensa); VI) se o doador tiver assumido a responsabilidade.

O donatario é obrigado a cumprir os encargos (*Auflage*) da doação, caso forem a beneficio do doador, de terceiro, ou de interesse geral (art. 1.180). Se desta ultima especie for o encargo, o Ministerio Publico poderá exigir sua execução, depois da morte do doador, se este não o tiver feito (artigo 1.180 paragrapho unico). A lei brasileira fundiu o I Projecto alemão § 448 1ª alinea, e o II § 472, pois só naquelle se falava em terceiro. O que recebe a doação com encargo em favor de terceiro póde ser fiduciario ou representante delle. Falta ao art. 1.180, paragrapho unico, o *auch* do B. G. B. § 525, mas havemos de entender que tambem aos herdeiros caberá a execução. Como protecção juridica ao "direito ao interesse" oriundo da doação, cabem ao doador as acções de revogação (art. 1.181, paragrapho unico), de inexecução de encargo (art. 1.057), ambas contra o doado, e ao terceiro ou ao Ministerio Publico a acção civel para cumprimento do encargo (art. 1.098 paragrapho unico) ou rescisão (art. 1.181 paragrapho unico). A acção do art. 1.181 deve ser proposta dentro de um anno (art. 1.184) a contar do dia em que o doador soube do não cumprimento? E' o que diz o art. 1.184, mas trará serios inconvenientes, se se não criarem excepções á regra.

A doação para determinado fim, *Zweckschenkung*, não mereceu allusão especial; no entanto, praticamente, tem importancia a distincção.

170. Revogação da doação. — Além dos casos communs a todos os contractos, a doação tambem se revoga *por ingratidão* do donatario (art. 1.181) e tal direito de revogação é irrenunciavel (art. 1.182). Assim, no direito anterior (Ord., Liv. IV, tit. 63, pr. e § 1°, § 5). No B. G. B., permitte-se a renuncia, se já conhecia o facto da ingratidão. Havemos de interpretar que tambem no direito brasileiro só é irrenunciavel a revogação por causa posterior ou não conhecida. Constituem ingratidão: o attentado contra a vida do doador; a offensa physica; a injuria grave ou a calumnia; a recusa de alimentos ao doador, se este necessitar delles e o donatario puder ministrá-los (art. 1.183). Os tres primeiros casos vêm das Ords. Liv. IV, tit. 63, §§ 1°, 2°, 4°, e o ultimo da doutrina (Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil*, § 760), por influencia do Code Civil, art. 955, 3°. A revogação tem de ser pleiteada dentro em um anno, a contar de quando chegue ao conhecimento do doador o facto, que a autorizar (arts. 1.184, 178, § 6, n. 1; no direito anterior, o prazo era de 30 annos, de modo que se adoptou, no Codigo, o prazo francês, Code Civil art. 957 1ª alinea, e alemão, B. G. B. § 532). O direito de revogação não se transmitte aos herdeiros, nem prejudica os do donatario (art. 1.185, Code Civil, art. 957 2ª alinea; differente, B. G. B. § 530 2ª alinea, e austriaco, § 949, que adopta a transmissibilidade hereditaria activa e passiva). A revogação por ingratidão (artigo 1.183) não prejudica os direitos adquiridos por terceiro, nem obriga o donatario a restituir os frutos, que percebeu

antes de contestada a lide; mas sujeita-o a pagar os posteriores, e, quando não possa restituir em especie as coisas doadas, a indemnizá-las pelo meio termo do seu valor (art. 1.186, doutrina anterior, Coelho da Rocha, *Instituições*, § 760, cp. Code Civil, art. 958). Quanto ás bemfeitorias, seguem-se os arts. 514-519.

Não se revogam por ingratidão: I) As doações puramente remuneratorias. II) As oneradas com encargo. III) As que se fizerem em cumprimento de obrigação natural. IV) As feitas para determinado casamento (art. 1.187). As remuneratorias, salvo no que constitue liberalidade pura (artigo 1.167). E as recompensatorias, a que se refere o artigo 1.167? Pelos serviços prestados á humanidade, á sciencia, a arte, por acto semelhante aos da *Auslobung*, são irrevogaveis pelos motivos de ingratidão, que são pessoaes. Na classe das remuneratorias entram as gorgetas (*Trinkgelder*), porque representam remunerações de bons serviços, ou, pelo menos, normaes. Nas doações para casamento, inclue-se o *dote*. Os presentes de natal, os de conveniencia, as gratificações a domesticos, empregados, escapam á revogação, ou por serem umas recompensas contractuaes, ou por constituirem outras meras cortesias sociaes. A "*obrigação natural*" traduziu, incorrectamente, o dever moral, *sittliche Pflicht*, do B. G. B. (cp. artigo 970).

IV) LOCAÇÃO

171. Locação de coisas. — Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder á outra, por tempo determinado, ou não, o uso e gozo de coisa não fungivel, mediante certa retribuição (art. 1.188, Carlos de Carvalho, *Nova Conso-*

lidação, art. 1.088, Codigo Commercial, art. 226). A expressão "uso e gozo" corresponde ao "jouir" do Code Civil, art. 1.709, ao "godere" do italiano, art. 1.569, á *Benützung eines unverbrauchbaren Vermögensstücks* do austriaco, § 1.090, ao *Gebrauch* do B. G. B. § 535. Nos arts. 1.189 II, 1.192 I e IV, 1.193, 1.205, 1.206, 1.215, fala-se só em "uso"; no art. 1.211, "utilizá-lo". Bastaria dizer "uso", *Gebrauch* como o B. G. B., sem a outra palavra que traz em si certo sensualismo escusado. No espanhol, art. 1.543, "goce ó uso", no português, art. 1.595, "uso e fruição", "fruir e gozar" (jouir).

Não ha limite de tempo para as locações (italiano, artigo 1.571, trinta annos para os immoveis; se o locador só tem poderes de administração, nove annos, art. 1.572). Não tem fórma especial. O proprio locatario póde sublocar, salvo o caso do art. 1.201. São obrigações do locador: I) Entregar ao locatario a coisa alugada, com suas pertenças, em estado de servir ao uso a que se destina, e a mantê-la nesse estado, pelo tempo do contracto, salvo clausula expressa em contrario. II) Garantir-lhe, durante o tempo do contracto, o "uso pacifico" da coisa (art. 1.189, *Esboço*, art. 2.324, Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 1.330, cp. Code Civil, arts. 1.719, 1.720, B. G. B. § 536). O *Esboço*, como quasi sempre, era mais minucioso e nitido; o Codigo apenas o synthetizou. Antes de vencimento do prazo estipulado á locação, sómente poderá o locador haver a coisa alugada se pagar perdas e damnos resultantes (art. 1.193 paragrapho unico 1ª parte).

Se occorrer destruição total da coisa resolver-se-á o contracto, respondendo por perdas e damnos o locador, se de sua culpa resultar a perda (art. 869). Se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatario, a este caberá pedir reducção proporcional do aluguer, ou rescindir o

contracto, caso já não sirva a coisa para o fim, a que se destinava (art. 1.190, Code Civil, arts. 1.721, 1.725, 1.726, B. G. B. § 537, 538, 541). Sobre evicção, arts. 1.107-1.117; sobre vicios ou defeitos da coisa, arts. 1.101-1.106.

Se o locatario devolver a coisa ao locador antes de terminado o prazo do contracto, pagará o aluguer pelo tempo que faltar (art. 1.193 paragrapho unico 2ª parte).

O locatario é obrigado (art. 1.192): I) A servir-se da coisa alugada para os usos convencionados, ou presumidos, conforme a natureza della e as circumstancias, bem como a tratá-la com o mesmo cuidado como se sua fosse (cp. Code Civil, art. 1.728: "*en bon père de famille*".). II) A pagar, pontualmente, o aluguer nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar. III) A levar ao conhecimento do locador as turbações de terceiros, que se pretendam fundadas em direito (art. 1.191). IV) A restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, salvo as deteriorações naturaes ao uso regular (cp. B. G. B. § 556, Code Civil, art. 1.730). A expressão "como se fosse sua" equivale á franceza "*en bon père de famille*".

O Codigo reconhece a posse do locatario (art. 486) e dá-lhe a protecção possessoria.

Se o locatario empregar a coisa em uso diverso do ajustado, ou do a que se destina, ou se ella se damnificar por abuso do locatario, poderá o locador, além de rescindir o contracto, exigir perdas e damnos (art. 1.193, direito anterior: Carlos de Carvalho, *Nova Consolidação*, arts. 1.107, 1.110, Codigo Commercial, art. 228, cp. Code Civil, art. 1.729, 1.760, B. G. B. § 550). Quanto a este dever do locatario de só usar a coisa nos limites do contracto, — no B. G. B., o locador tem de *adverti-lo*, e, se persistir no uso contrario ao contracto, po-

derá directamente intentar a acção de rescisão, *Klage auf Unterlassung*. No Codigo Civil, não é preciso tal advertencia (*Abmahnung*). São permittidas as outras acções, — de indemnização (*Anspruch auf Schadensersatz*), de acto illicito (*unerlaubte Handlung*), cumuladas com a rescisão, ou propostas em separado.

A locação por tempo indeterminado cessa, de pleno direito, findo o prazo estipulado, independentemente de notificação, ou aviso (art. 1.194, cp. art. 960, Code Civil, art. 1.737, B. G. B. § 564). No direito anterior, em se tratando de predios, trinta dias antes de findar prazo tinha de ser intimado o locatario para o entregar ou renovar a locação (Ord., Liv. IV, tit. 23, § 1°). Se, findo o prazo, o locatario continuar na posse da coisa alugada, sem opposição do locador, presumir-se-á prorogada a locação pelo mesmo aluguer, mas sem prazo determinado (art. 1.195, cp. Code Civil, arts. 1.738, 1.759, B. G. B. § 568, cuja 2ª parte é de grande alcance pratico). E' a *relocatio tacita*, *"Erneuerung des Mietvertrags durch stillschweigende Verlängerung"*, mas por tempo indeterminado. Falta o prazo do B. G. B. § 568, para que as partes resolvam o contrario, de modo que, no direito brasileiro, antes do dia da terminação ou no dia, deve o locador avisar (não é preciso interpellação judicial), ou o locatario declarar que permanece em mudança. Desapparece a vontade tacita, onde a contraria expressa se manifesta, ou a lei prohibe que tacitamente se opere (art. 427 V).

Se, notificado o locatario, não restituir a coisa, pagará, emquanto a tiver em seu poder, o aluguer que o locador arbitrar, e responderá pelo damno, que ella venha a soffrer, embora proveniente de caso fortuito (art. 1.196; differentes B. G. B. § 557, português, arts. 1.608, 1.614, argentino, arti-

go 1.609). E' de notar a illimitação do aluguer a ser arbitrado ao locador, recurso de violencia desmedida e do mais inconsiderado arbitrio, provindo do Codigo Commercial, art. 230.

Se, durante a locação, fôr alienada a coisa, não ficará o adquirente obrigado a respeitar o contracto, se nella não fôr considerada a clausula da sua vigencia no caso de alienação, e constar do registo publico (art. 1.197, Code Civil, art. 1.743, contra o direito brasileiro anterior, Ord., Liv. IV, tit. 9, pr., que não permittia a excepção francesa ao principio *Kauf bricht nicht Miet*, cp. *Kauf bricht Miet*, no P. L. R., I, 21, §§ 2-5, 358-360, e a solução intermedia do *Landtagsabschied* bavaro de 18 de fevereiro de 1871, § 21, I Projecto alemão, §§ 509-511). Desde que não se dê a prohibição — *registada* — de alienação da coisa, poderá então ser vendida, mas o alienante responderá de acôrdo com o art. 1.193 paragrapho unico 1ª parte (acção de perdas e damnos). No caso de registo, que é o de *titulos*, a locação fica com effeitos semelhantes aos dos direitos reaes. No caso de locação, têm de ser respeitados os prazos do art. 1.209 (art. 1.197 paragrapho unico).

Morrendo o locador, ou o locatario, transfere-se aos seus herdeiros a locação por tempo determinado (art. 1.198, Ord., Liv. IV, tit. 45, § 3, Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, art. 652), salvo, entenda-se, se houver disposição contractual em contrario. Tambem não se resolve com a fallencia (Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908), nem com a incapacidade superveniente. No B. G. B., o § 569 concede, em caso de morte do locatario, ao herdeiro deste e ao locador o direito de denunciar a locação dentro do prazo legal; se não fôr denunciado, vigorará o contracto (cp. §§ 549, 507, 570, 1.056, § 76 *Konkursordnung*). Porém no systema brasileiro, é o interesse do capitalista, do locador e dos seus her-

deiros que se protege. As repercussões sociaes são dolorosas: a morte de chefe de familia, que significa diminuição de rendas, não tem nenhum effeito; os herdeiros devem supportar um contracto, em que a lei tornou impossivel a clausula tacita *rebus sic stantibus*. Mais beneficios no B. G. B. § 569, e na Lei suiça de 1881, art. 283 (de 1911, art. 270).

Não é licito ao locatario reter a coisa alugada, excepto no caso de bemfeitorias necessarias, ou no de bemfeitorias uteis, se estas houverem sido feitas com expresso consentimento do locador (art. 1.199; ambiguo e discutido o direito anterior, Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, art. 663, contra elle Carlos de Carvalho, *Nova Consolidação*, arts. 1.110, 1.118, e a praxe parecida com o direito do Codigo, cp. B. G. B. §§ 547, 556, espanhol, art. 1.573, português, arts. 1.614, 1.615). Sobre as bemfeitorias de mero recreio, chamadas "voluptuarias", art. 63 § 1º, o locador tem o *ius tolendi*, se podem ser despregadas ou retiradas sem damnificar a coisa alugada.

172. Locação de predios. — No Codigo ha dez artigos especiaes (1.200-1.209) sobre locação de predios, um (1.210) sobre predios urbanos, e cinco (1.211-1.215) sobre predios rusticos. Sobre predios em geral, dispôs-se:

I. Que a locação póde ser por qualquer prazo (artigo 1.200), isto é, não conhece o direito brasileiro limitação (Codigo Civil português, art. 1.600), contra o italiano, art. 1.571 (30 annos), o argentino, art. 1.505, e o uruguayo, art. 1.782 (10 annos), o B. G. B. § 567, que faculta a denuncia depois de 30 annos, o japonês, art. 604 (20 annos); mas pelo Codigo não póde ser perpetua, porquanto, por definição, é temporaria (art. 1.188).

II. Nas locações com tempo determinado, presume-se o direito de sublocação, no todo ou em parte, antes ou depois, de haver recebido o predio, bem como de emprestá-lo (art 1.201; Code Civil, art. 1.717). Para a cessão, é de mistér que o locador consinta (art. 1.201 paragrapho unico; o Code Civil, art. 1.717, permitte a cessão, se não foi prohibida). O B. G. B. § 549 exige a autorização do locador para que se passe a outro o uso da coisa alugada. O sublocatario responde, subsidiariamente, ao senhorio, pela importancia que dever ao sublocador, quando este fôr demandado, e ainda pelos alugueres que se vencerem durante a lide (art. 1.202, Projecto de Coelho Rodrigues, art. 715, 1ª parte). Neste caso, notificada a acção ao sublocatario, se não declarar logo que adeantou alugueres ao sublocador, presumir-se-ão fraudulentos todos os recibos de pagamentos adeantados, salvo se constarem de escripto com data authenticada e certa (§ 1º; Projecto de Coelho Rodrigues, art. 715, 2ª parte). Salvo o caso deste artigo (1.202), nas disposições anteriores, a sublocação não estabelece direitos nem obrigações entre o sublocatario e o senhorio (§ 2º; Projecto de Coelho Rodrigues, art. 716). Portanto: pelos damnos causados pelo sublocatario, responde o locatario, salvo (diz-se) se o senhorio, consultado, tiver consentido na sublocação (cp. todavia art. 1.201 *in fine*).

Rescindida ou finda a locação, resolvem-se as sublocações, salvo o direito de indemnização que possa competir ao sublocatario contra o sublocador (art. 1.203, *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 2.521 1ª alinea, que tambem inspirou o argentino, art. 1.606, e coincide com o B. G. B. § 556 3ª alinea). Pelo facto da posse, que é de bôa fé, tem o sublocatario o direito a indemnização das bemfeitorias necessarias (art. 516, 1ª parte) e tambem o de retenção, porém re-

stricto, porque a exigencia do consentimento expresso (art. 1.199 2ª parte) constitue limitação ao art. 516.

III. Durante a locação, o senhorio não pode mudar a forma, nem o destino do predio alugado (art. 1.204, Code Civil, art. 1.723: "la forme"; cp. art. 1.189, I). Se o predio necessitar de reparações urgentes, o locatario será obrigado a consenti-las. Adoptaram-se, porém, as soluções (art. 1.205) inspiradas no Code Civil, art. 1.724. Incumbirão ao locador, salvo clausula expressa em contrario, todas as reparações de que o predio necessitar (art. 1.206, Code Civil, art. 1.720). O locatario é obrigado a fazer por sua conta no predio as pequenas reparações de estragos, que não provenham naturalmente do tempo, ou do uso (art. 1.206 paragrapho unico, cp. Code Civil, arts. 1.754, 1.755). O locatario tem direito a exigir do senhorio, quando este lhe entrega o predio, relação escripta do seu estado (art. 1.207, cp. Code Civil, arts. 1.730, 1731, espanhol, art. 1.562).

IV. Quanto ao incendio (art. 1.208), adoptaram-se os arts. 1.733, 1.734, do Code Civil. No *Esboço*, art. 2.544, adoptou-se outro preceito (cp. Luisiana, art. 2.693), que passou ao Codigo Civil argentino, art. 1.572, e ao uruguayo, art. 1.825. Preferiram, como tambem o Codigo de Vaud, art. 1.229, a doutrina de Voecio.

V. Em vez de se alludir aos usos dos lugares, Code Civil, art. 1.736, ou de se attender, quanto aos predios rusticos (*Pacht*), ao fim da colheita, B. G. B. § 595, como era tradição no direito brasileiro (Carlos de Carvalho, *Nova Consolidação*, art. 1.119, pr.), adoptou-se o prazo de seis meses (Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 1.353), disposição injustificavel. A doutrina e a jurisprudencia devem adaptar á vida este frio e despotico preceito legal. Para os predios urbanos,

manteve-se o direito anterior. Felizmente, no art. 1.212, referente aos predios rusticos, considera-se feita a locação para uma colheita, — o que não satisfaz (cp. Code Civil, art. 1.774). A jurisprudencia tem de ater-se a este artigo e amortecer, tanto quanto possivel, o art. 1.209.

São disposições especiaes:

1. Aos predios urbanos, regular-se pelo uso local a locação (art. 1.210, cp. Code Civil, art. 1.758).

2. Aos rusticos (*Pacht*), presumir-se pelo prazo indispensavel para uma colheita (art. 1.212, cp. Code Civil, art. 1.774, mais amplo). Se o locatario, em caso de ser por tempo indeterminado a locação, não quer continuar, deve avisar seis meses antes (art. 1.213, Codigo Civil português, art. 1.629, 1ª parte). Salvo ajuste em contrario, nem a esterilidade, nem o mallogro da colheita por caso fortuito, autorizam o locatario a exigir abate no aluguel (art. 1.214, Codigo Civil português, art. 1.630, differente o direito anterior). O locatario, que sáe, franqueará ao que entra o uso das accommodações necessarias a este para começar o trabalho; e, reciprocamente, o locatario, que entra, facilitará ao que sáe o uso do que lhe fôr de mistér para a colheita, segundo o costume do lugar (art. 1.215, Code Civil, art. 1.777, cp. 1.178).

173. Locação de serviços. — O Codigo Civil regulou, em geral, a locação, dividindo em duas secções o capitulo, locação de coisas e locação de serviços, *locatio operarum*, *Dienstvertrag* dos alemães. Póde ser contractada, mediante retribuição, toda a especie de serviço ou trabalho licito, material ou immaterial (art. 1.216, Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 1.364, revisto, art. 1.386). A lei não cogita do *contracto collectivo* (Lei suiça de 1911, arts. 322, 323) ou *Arbeitstarifver-*

trag; nem contém dispositivo sobre os contractos de serviços que pertençam ao direito administrativo. A enormidade do numero de analphabetos suggeriu a medida do art. 1.217: quando qualquer das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser escripto e assignado a rogo, subscrevendo-o, neste caso, quatro testemunhas. E' excepção ao art. 135, onde se tira ao analphabeto a antiga faculdade de se obrigar em escripto assignado por outrem, "a rogo". como se diz.

Não tendo estipulado, nem chegado a acôrdo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo do serviço e a sua qualidade (art. 1.918, *Esboço*, art. 2.697 2ª parte; no direito anterior, as Ord., Liv. IV, tit. 29, pr., mandavam que se observassem, quanto aos serviços domesticos, o costume do lugar, o tempo do serviço e a sua qualidade). Cp. Codigo Civil mexicano, art. 2.439, português, art. 1.374, argentino, art. 1.627, B. G. B. § 612. Pagar-se-á depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou costume, não houver de ser adeantada ou paga em prestações (art. 1.218, cp. B. G. B. § 614). Vulgarmente os codigos não fixam prazo maximo ao contracto de serviços; fixam-no alguns, como o alemão, § 624, a lei suiça, art. 351, e o venezuelano, art. 1.679. Fixa-o o brasileiro no maximo de quatro annos, ainda que tenha por causa pagamento de divida do locador ou seja para determinada obra e esta não se ache concluida (art. 1.220). O art. 1.221 inspirou-se no II Projecto alemão, § 559 2ª alinea, mas tambem allude ao prazo resultante do costume do lugar (cp. B. G. B., § 620 2ª alinea, Lei suiça, art. 347 e seguintes, japonês, art. 762).

Os prazos são differentes. No contracto de serviços agricolas, não havendo prazo estipulado, presume-se o de um anno agrario, que termina com a colheita ou safra da principal cul-

tura pelo locatario explorada (art. 1.222). As producções agricolas do Brasil — café, cana de açucar, algodão, cacau, etc. — são de colheitas annuaes ou de longos prazos, e foi tal circumstancia da vida agraria que suggeriu o art. 1.222.

Não se conta no prazo do contracto o tempo em que o locador, por culpa sua, deixou de servir (art. 1.223, cp. B. G. B., § 612, lei suiça de 1881, art. 341, onde o que se tem em vista é o interesse do patrão). O argumento *a contrario sensu* — evidentemente contra a *vontade* do legislador (1) — virá servir ao operario. Não sendo o locador contractado para certo e determinado trabalho, entender-se-á que se obrigou a todo e qualquer serviço compativel com as suas forças e condições (art. 1.224. *Esboço,* art. 2.719, cp. português, art. 1.375, mexicano, art. 2.240).

Nas Ord., Liv. IV, tit. 34, a condição do criado era assaz dura: se se despedisse sem justa causa, poderia ser compellido, judicialmente, a acabar o tempo do serviço, sem vencimentos. O *Esboço,* art. 2.728, adoptará a indemnização, que vigorará no Codigo, art. 1.225 e §. (cp. Codigo Commercial, art. 83). No caso de locação com prazo certo, consideram-se justas causas para se dar por findo o contracto as que os arts. 1.229 e 1.226 enumeram, inspiradas em Coelho da Rocha, que por sua vez o foi no *Preussisches Allgemeines Landrecht,* mas no Codigo um tanto arbitrariamente generalizadas a todos os contractos de serviços. Se não houver pago, applicar-se-á o art. 1.221.

---

(1) Veja *Subjecktivismus und Voluntarismus im Recht*, no *Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie,* vol. 16, pag. 522-543; *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, vol I, pags. 459-478; *Introducção á Politica Scientifica,* n. 165, 169.

Quanto ao locatario, se despedir o locador sem justa causa, absurdamente se dispõe que só terá de pagar metade da retribuição que pagaria até o final do contracto (art. 1.228). O art. 1.230, oriundo do Senado, merece ser lido integralmente, por constituir medida que a experiencia dos "fazendeiros" suggeriu: nos momentos de safra, alguns agricultores procuram empregados dos outros, e a este desleal procedimento procurou a lei oppôr algum obstaculo. No art. 1.235, deu-se pena contra o alliciador; e já no proprio direito penal, a Lei n. 1.162, de 12 de novembro de 1890, art. 1, dispôs que ficaria sujeito ás penas de prisão cellular por um a tres meses e de multa de 200$ a 500$ os que desviassem operarios e trabalhadores de estabelecimentos em que fossem empregados.

Os arts. 1.226, 1.227, 1.229, 1.231 são de louvavel symetria, ao contrario do injusto art. 1.228.

Nem o locatario, ainda que outra coisa tenha contractado, poderá transferir a outrem o direito aos serviços ajustados, nem o locador, sem aprazimento do locatario, dar substituto, que os preste (art. 1.232, Projecto de Felicio dos Santos, art. 2.136, 2.137). Com a morte do locador, acaba o contracto de locação (art. 1.233, Code Civil, art. 1.795).

Embora outra coisa haja estipulado, não poderá o locatario cobrar ao locador juros sobre as soldadas, que lhe adeantar, nem, pelo tempo do contracto, sobre divida alguma, que o locador esteja pagando com serviços (art. 1.234, Projecto de Felicio dos Santos, art. 2.139). A alienação do predio agricola, onde a locação de serviços se opera, não importa rescisão do contracto; salvo ao locador opção entre continuá-lo com o adquirente da propriedade, ou com o locatario anterior (art. 1.236; Senado Federal, emenda n. 1.195). São dispositivos novos, uteis e sem correspondencia nos outros Codigos.

V) EMPREITADA

174. Empreitada. — Definiu-se a empreitada (art. 1.237, Code Civil, art. 1.787, B. G. B. § 631). Manteve-se, com o art. 1.238 1ª parte, o direito anterior, que corresponde ao Code Civil, art. 1.788, e B. G. B. § 644 1ª parte; mas, na 2ª parte, criou-se solução nova: se aquelle que encommendou está em mora, os riscos correm em partes iguaes contra elle e o empreiteiro. Mas o Projecto de Coelho Rodrigues, de onde provém (art. 777), accrescentava (art. 778): "Se, porém, a obra foi depositada por conta da pessoa, que está em mora de recebê-la, correm por conta desta todos os riscos supervenientes". Deve fazer-se isto por petição ao juiz, com a declaração de, feito o deposito da coisa movel ou nomeado o depositario do immovel, correrão sómente por conta do que encommendou os riscos posteriores. Os arts. 1.239, 1.240 mantêm o direito anterior, e coincidem com o Code Civil, arts. 1.789, 1.790. Deste codigo, art. 1.791, tirou-se o art. 1.241. Concluida a obra, de acôrdo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, porém, enjeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instrucções recebidas e dos planos dados, ou das regras technicas em trabalhos de tal natureza (art. 1.242. Projecto de Clovis Beviaqua, art. 1.394, cp. B. G. B. § 640). Poderá, ainda, em vez de enjeitá-la, recebê-la com abatimento no preço (art. 1.243, Projecto Bevilaqua, art. 1.395, cp. B. G. B. § 634). Os dois dispositivos continuam o direito anterior.

Provindas do direito anterior ou não, as regras dos arts. 1.245, 1.247 são a doutrina do Code Civil, arts. 1.792-1794. O art. 1.244 procede do Codigo Commercial, art. 235.

VI) EMPRESTIMO

175. Commodato. — Regulou-se o commodato, emprestimo gratuito de coisas não fungiveis (art. 1.248, Ord., Liv. IV, tit. 53, pr.), que se perfaz com a tradição do objecto. Os que administram bens alheios, sem autorização especial não podem commodar (art. 1.249, *Esboço,* de Teixeira de Freitas, art. 2.563, fonte, tambem, do Codigo Civil argentino, art. 2.262). Se não tiver prazo convencionado, observa-se o art. 1.250 (Code Civil, arts. 1.888, 1.889; Ord., Liv. IV, tit. 53, pr.). A responsabilidade do commodatario é regida pelos arts. 1.251-1.253, 1.255, semelhantes ao direito e doutrina anterior (cp. Code Civil, arts. 1.880, 1.881, 1.887). O commodatario não poderá jamais recobrar do commodante as despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada (art. 1.254, Code Civil, art. 1.886, differentes as Ord., Liv. IV, tit. 54, § 1, e o *Esboço,* arts. 2.582, § 2, e 2.584-2.586). Se bem que a culpa se deva caracterizar pelo cuidado da coisa commodada, *como se sua propria fôra* (en bon père de famille), no art. 1.253 ainda mais se accentúa este zelo: tem de antepôr a salvação das coisas que lhe pertencem a das que foram dadas em commodato.

176. Mutuo. — Define-se o mutuo e a obrigação do mutuario (art. 1.256, cp. B. G. B. § 607). Transfere-se o dominio ao mutuario por conta de quem correm os riscos desde a tradição (art. 1.257). No mutuo em moedas de ouro e prata, póde convencionar-se que o pagamento se effectue nas mesmas especies e quantidades, qualquer que seja, ultimamente, a oscillação dos seus valores (art. 1.258, Codigo Civil austriaco, § 989, italiano, art. 1.822 1ª alinea, devendo-se suben-

tender, no direito brasileiro, o que se dispõe na 2ª alinea do italiano e no portuguès, art. 725). Manteve-se, nos arts. 1.259 e 1.260, o direito anterior (Ord., Liv. IV, tit. 50, § 2), inspirado no preceito do senatusconsulto macedoniano, com as excepções devidas. A terceira excepção — "se o menor tiver bens da classe indicada no art. 391, n. II" — não é superflua, como pareceu a Clovis Bevilaqua (commentario ao art. 1.260), porque, diz elle, pelo exercicio do emprego publico, o menor se torna capaz. Ora, tal capacidade só lhe advém quando se tratar de emprego publico *effectivo* (art. 9, paragrapho unico n. III) e não de simples nomeação por portarias, avisos, regimentos, ou de simples commissão. Cp. arts. 154, 155.

O mutuante póde exigir garantia da restituição, se, antes do vencimento, o mutuario soffrer notoria mudança na fortuna (art. 1.261, cp. B. G. B. § 321). Sómente a um Codigo, como dispositivo especial, cumpre comparà-lo — á lei suiça de 1911, art. 316 (de 1881, art. 332). Diz ella: "Der Darleiher kann die Aushändigung des Darlehens verweigern, wenn der Borger seit den Vertragsabschlusse zahlungsunfähig geworden ist. Diese Befugnis seiteht dem Darlher auch dann zu, wenn die Zahlungsunfähigkeit schon vor Absclüss des Vertrages eingetreten, ihm aber erst nachher bekannt geworden ist". São, pois, differentes os dispositivos; mas devemos entender que no direito brasileiro, poderá exigir (*à fortiori*) a garantia no caso do art. 1.092 2ª alinea, isto é, no tempo que vae da conclusão do contracto á prestação do mutuante. Quem póde pedir garantia depois de já emprestado o dinheiro póde pedi-la, preventivamente, para o momento de prestar.

Não se limitam os juros, nem se prohibe o anatocismo (art. 1.262; cp. B. G. B. § 248). O mutuario, que pagar juros não estipulados. não os poderá rehaver, nem imputar no

capital (art. 1.263). Entenda-se, porém, que, se o devedor ou o herdeiro pagou taxa superior á fixada, pode repetir o excesso.

No direito anterior, se sem prazo o mutuo, só era exigivel dez dias depois de realizado, mas, segundo as circumstancias, podia o juiz fixar prazo maior (Ord., Liv. IV, tit. 50, § 1º; Codigo Commercial, art. 137). Cp. Code Civil, art. 1.900, B. G. B. § 609, differentes entre si. O Codigo inspirou-se no português, art. 1.525-1.528. O art. 1.264 I é particularmente interessante e recommendavel. O n. III suppõe, não simples declaração para exigibilidade immediata, mas o prazo fixado por intimação judicial, ou carta. Trata-se, pois, de excepção ao art. 127. No art. 127, fala-se em "exequiveis *desde logo*"; no art. 1.264 III, "*no espaço de tempo,* que declarar o mutuante".

VII) DEPOSITO

177. I. Deposito voluntario. — No art. 1.265, define-se o deposito, que se presume gratuito, mas as partes podem estipular que o depositario seja gratificado. Cp. Codigo Civil argentino, art. 2.182, e uruguayo, art. 2.241, que admittem o deposito de immoveis, e o B. G. B. § 689, que considera tacitamente ajustado o salario, quando se deve admittir, segundo as circumstancias, que só assim se teria feito. O deposito mercantil é sempre oneroso (Codigo Commercial, art. 282). O deposito judicial, que pode recair sobre immoveis, é salariado (v. g. art. 507 paragrapho unico). Póde ser decretado: I) no sequestro, *a*) como preparatorio de acção, nos casos em que a lei o admitte; *b*) pendente a demanda, sobre coisa movel emprestada ou alugada, se algum terceiro se

oppõe, allegando ser sua; *c)* sobre os frutos e rendimentos do immovel reivindicando, se o réo appellou da sentença e os dissipa pendente a appellação; *d)* sobre a coisa movel, objecto da acção, se o réo não possuir bens de raiz, que a valham, ou não der caução para segurança da execução; *e)* no caso do art. 507 paragrapho unico; *f)* no processo preliminar da fallencia (Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908, arts 2, 3 n. 2°); II) quando o devedor, para resalvar a sua responsabilidade, consigna bens em pagamento de divida, nos casos do art. 973; III) nos casos dos art. 1.269, 1.270; IV) na penhora; V) em virtude de arresto (Reg. n. 737, de 1850, art. 328); VI) no processo de fallencia, para defesa.

Mais uma vez intervém a noção de responsabilidade pelo cuidado e diligencia *en bon père de famille*, para a qual se empregaram no Codigo expressões das seguintes variantes — "como se fose sua" a coisa (arts. 1.192, 1.251, 1.266), "que costuma com o que lhe pertence" (art. 1.266). Se o deposito se entregou fechado, collado, sellado ou lacrado, nesse mesmo estado se manterá; e, se for devassado, incorrerá o depositario na presumpção de culpa (art. 1.267, cp. Code Civil, art. 1.931). Do Code Civil, passaram ao art. 1.268 os arts. 1.938, 1.944 (cp. B. G. B. §§ 695, 696); mas, no art. 1.269, adoptou-se solução propria (cp. Code Civil, art. 1.938 2ª alinea). Ao depositario será facultado, outrosim, requerer deposito judicial da coisa, quando, por motivo plausivel, a não possa guardar, e o depositante não lha queira receber (art. 1.270, Codigo Civil espanhol, art. 1.776, de cujo Projecto de 1851 provém o dispositivo, cp. chileno, art. 2.227, português, art. 1.449). A' regra do Code Civil, art. 1.934, accrescentou-se a parte final do art. 1.271, inspirada pelo Projecto de Coelho Rodrigues, art. 1.108. Os arts. 1.272-1.274 provêm da dou-

trina anterior; da Ord., Liv. IV, tit. 76, § 5, o art. 1.275. Se o depositario, diz o art. 1.276, por suggestão do Projecto de Coelho Rodrigues, art. 1.117, se tornar incapaz, a pessoa que lhe assumir a administração dos bens, diligenciará immediatamente restituir a coisa depositada, e, não querendo ou não podendo o depositante recebê-la, recolhê-la-á ao deposito publico, ou promoverá a nomeação de outro depositante. Do Code Civil, arts. 1.947, 1.948, 1.950, 1.953, receberam-se as normas dos arts. 1.278, 1.279, 1.283, 1.284. Do I Projecto alemão § 618, 1ª alinea (B. G. B. § 700 1ª alinea, 1ª parte) o art. 1.280 (unregelmässiger Verwahrungsvertrag, *depositum irregulare*). Nos arts. 1.277, 1.279 paragrapho unico, 1.282 I (completando o art. 1.949 do Code Civil), o legislador brasileiro pensou por si e formulou regras novas. No art. 1.281, adoptou a phrase inicial do Code Civil, art. 1.923, mas alterou-a profundamente, não admittindo a phrase final (permissão da prova testemunhal até 50 francos), de modo que o art. 141 não é applicavel, mas poderão ser invocados os art. 135 paragrapho unico, e 141 paragrapho unico. Isto não quer dizer que não se possa discutir, no juizo criminal, a entrega de alguma coisa para guardar.

178. **II. Deposito necessario.** — E' deposito necessario (art. 1.282): I. O que se faz em desempenho de obrigação legal (art. 1.283). II. O que se effectúa por occasião de alguma calamidade, como o incendio, a inundação, o naufragio, ou o saque. A esses depositos é equiparado o das bagagens dos viajantes, hospedes ou fregueses, nas hospedarias, estalagens ou casas de pensão, onde elles estiverem (art. 1.284, Code Civil, arts. 1.952, 1.953). Os hospedeiros e estalajadeiros respondem como depositarios, bem como pelos

furtos e roubos que perpetrarem as pessoas empregadas ou admittidas nas suas casas (art. 1.284, paragrapho unico). Cessa, porém, a responsabilidade delles: I. Se provarem que os factos prejudiciaes aos hospedes, viajantes e fregueses, não podiam ter sido evitados. II. Se occorrer força maior, como os casos de escalada, invasão da casa, roubo á mão armada, ou violencias semelhantes (art. 1.285 I, mais vasto que o B. G. B. § 701 1ª alinea, e a Lei suiça art. 487, e II tirado do Code Civil, 1.954). São dispositivos originaes os dos arts. 1.286, 1.287. (Projecto de Coelho Rodrigues, art. 1.286, 1ª parte; revisto, art. 1.505).

VIII) MANDATO

179. Representação e mandato. — Não se tratou da representação (*Stellvertretung*), como na Lei suiça de 1881 (mais precisamente, sem reminiscencias da antiga doutrina, na de 1911) e no B. G. B. O mandato continúa a ter como elemento externo, essencial, a incumbencia de representação (Code Civil, art. 1.984-2.019). E' querer resistir á elaboração scientifica que se operou nos ultimos cincoenta annos. Differe, pois, do B. G. B. o systema do Codigo Civil. Não tratou, em geral, da representação directa (*direkte Stellvertretung*), nem da *Vollmacht;* limitou-se a tratar, esparsamente, da representação legal (*gesetzliche Vertretungsmacht*) e do mandato (*Auftrag*) como contracto, mas incluindo dispositivos que poderiam, com vantagem, ficar na Parte Geral, como os arts. 1.289, 1.294, e deixando de formular alguns que seriam uteis (cp. B. G. B. §§ 164-180), bem como a regra sobre contracto comsigo mesmo.

Antes da these de Laband, de que proveio a redacção da Lei suiça de 1881 em materia de representação, referiu-se o *Es-*

boço ás representações voluntarias que derivarem de contracto, art. 278 3°, ás representações necessarias e legaes, arts. 44, 278, 5°, 1.358, 1.710, 1.810, ás representações de estabelecimentos de utilidade publica e corporações, arts. 276, 1°, 2°, 291, ás por administradores e liquidantes de sociedades, artigos 276 3°, 278, ás por pessoas dependentes, como o criado, o filho menor, o aprendiz, arts. 2.851, 2.733, por gestores officiosos, art. 278 3°, por testamenteiros e inventariantes, art. 2.854, 6°. Mas o mandato continuava essencialmente ligado á representação, art. 2.853.

No systema do Codigo, tambem não se trata da representação voluntaria que derive de outro contracto, — o de locação de serviços, por exemplo. — o que produz, na pratica, difficuldades graves, e evidencia a premencia de se recorrer a expedientes extra-technicos.

180. Mandato e procuração. — A procuração é considerada o instrumento do mandato (art. 1.288) e só delle, — não, como devia ser, acto juridico distincto e theoricamente independente do acto em virtude do qual é investido de poderes o representante. As pessoas que attingiram á maioridade e gozam de capacidade ("no gozo dos direitos civis", expressão incorrecta para dizer "que estão no gozo da capacidade") são aptas para dar procuração, mediante instrumento particular do proprio punho (art. 1.289). O instrumento publico conterá o que a lei especial exige. O instrumento particular deve conter designação do Estado, da cidade ou circumscripção civil em que fôr passado, a data, o nome do outorgante, a individuação de quem seja o outorgado e bem assim o objectivo da outorga, a natureza, a designação e a extensão dos poderes conferidos (art. 1.289 § 1°). Concorrendo no mesmo instrumento dois ou mais outorgantes, será escripto por um e assignado por to-

dos (§ 2º). Para o acto que não exigir instrumento publico, o mandato, ainda quando por instrumento publico seja outorgado, pode substabelecer-se mediante instrumento particular (§ 3º). O reconhecimento da letra e firma, por tabellião, no instrumento particular, é condição essencial á sua validade, em relação a terceiros (§ 4º). O mandato pode ser expresso ou tacito, verbal ou escripto, art. 1.290; presume-se gratuito, se não se estipulou retribuição, ou se não fôr daquelles que o mandatario trata por officio ou profissão lucrativa, art. 1.290 paragrapho unico; e para os actos que exigem instrumento publico ou particular, não se admitte mandato verbal. Cp. art. 133, 134, 141, 1.281. A aceitação pode ser tacita e resultar do começo de execução, art. 1.292. Presume-se aceito entre ausentes, quando o negocio, para que foi dado, é da profissão do mandatario, diz respeito á sua qualidade official, ou foi offerecido mediante publicidade, e o mandatario não fez constar immediatamente a sua recusa (art. 1.293, *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 2.901, mas a allusão á offerta mediante publicidade deve ter sido influencia da lei suiça de 1881, art. 393, cp. argentino, art. 1.878, B. G. B. § 663).

181. Especie de mandato. — Pode ser geral o mandato, ou especial a um ou mais negocios (art. 1.294). Se em termos geraes, só confere poderes de administração (artigo 1.295). Para alienar, hypothecar, transigir, ou praticar outros quaesquer actos, que exorbitem da administração ordinaria, depende a procuração de poderes especiaes e expressos (§ 1º). O poder de transigir não importa o de firmar compromisso (§ 2º). Do direito e doutrina anterior provêm os arts. 1.296-1.298, 1.300 e §§ 1, 2, 1.301, 1.303, 1.304, 1.308; do Code

Civil, art. 1.990, o art. 1.299, do italiano, art. 1.774, a 2ª alinea do art. 1.307, pois a 1ª alinea é do *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 2.959, que foi anterior ao Codigo italiano. O mandatario é obrigado a apresentar o instrumento do mandato ás pessoas, com quem tratar em nome do mandante (artigo 1.305, tirado do *Esboço,* art. 2.956 1ª alinea, que tambem inspirou o argentino, art. 1.938 1ª parte), sob pena de responder a ellas por qualquer acto, que lhe exceda os poderes. O art. 1.306, oriundo do Projecto de Clovis Bevilaqua, artigo 1.456, inspirou-se no *Esboço,* arts. 2.953, 2.955, 2.989, e no Projecto de Coelho Rodrigues, art. 2.989 (cp. Code Civil, art. 1.998).

A regra do B. G. B. § 669 apparece no art. 1.309 2ª parte, e devia ter sido sob a influencia do I Projecto alemão, § 594, combinado com o que já dispunha o *Esboço,* arts. 2.960 1º, 2.962. Assim, tem-se no direito brasileiro a questão de saber se o art. 1.309 2ª parte (B. G. B. § 669) autoriza ao mandatario acção judicial para haver o adeantamento ou sómente lhe permitte fazer dependente do adeantamento das despesas a execução do mandato. Naturalmente, ter-se-á em consideração a revogabilidade ou irrevogabilidade do mandato.

Do Code Civil, arts. 1.999-2.001, derivam os arts. 1.310-1.312. Ainda que o mandatario contrarie as instrucções do mandante, se não excedeu os limites do mandato, ficará o mandante obrigado para com aquelles, com que o seu procurador contractou; mas terá contra este acção de perdas e damnos resultantes da inobservancia das instrucções (art. 1.313, Projecto de Coelho Rodrigues, art. 1.085). Mas não cabe admittir o caso em que, se o mandatario soubesse do que se passava, alteraria as instrucções? Não é muito preencher a lacuna do Codigo com o que dispõe, a respeito, o B. G. B. § 665, ou a

Lei suiça, art. 397, observada, porém, a parte final do artigo alemão.

Os arts. 1.314 e 1.315, semelhantes ao Codigo Commercial, arts. 148, 156, provêm do Projecto de Coelho Rodrigues, art. 1.086 (cp. Code Civil, art. 2.002) e do *Esboço,* artigo 2.987 (cp. Codigo Civil português, art. 1.349, argentino, art. 1.956), com a differença de que o *Esboço*, como o Codigo Commercial, concediam o direito de retenção por tudo que o mandante devesse ao mandatario em consequencia do mandato. Mas será impossivel extender ás outras despesas, como o que soffreu com a execução, a remuneração, etc.? "Despendeu" será, aí, sómente o que "adeantou"?

Quanto á extincção do mandato, as soluções do art. 1.316 são um tanto simplistas, a cujos inconvenientes não obviam perfeitamente os arts. 1.318, 1.320, 1.321, 1.323. Ha lacunas da lei, de que no lugar proprio trataremos. Teixeira de Freitas tinha predilecção pelo mandato irrevogavel, a cuja construcção juridica serviu. No *Esboço*, art. 3.031, inseriu os dispositivos geraes, que passaram ao Codigo Civil argentino, artigo 1.977, e ao brasileiro, art. 1.317. E', evidentemente, uma das particularidades do direito brasileiro e, melhor diremos, sul-americano.

No direito anterior, tinha-se o romanismo da clausula *in rem suam*. Não desappareceu no systema do Codigo, mas só tem, hoje, o effeito da *irrevogabilidade*: os da *cessão* teriam de obedecer aos arts. 1.067, 1.069, etc.; e a procuração *in rem suam* não constitue titulo habil para a transferencia de direitos reaes. O mandatario não pode renunciar. O *Esboço* não se referia á procuração em causa propria. O art. 1.318, differente do Codigo Commercial, art. 159, que exige registo das revogações de procuração, provém do Code Civil, art. 2.005, e do

mesmo Code, art. 2.006, através do Codigo Commercial, artigo 158, o art. 1.319.

Do direito e doutrina anteriores, correspondendo aos artigos 2.007-2.010 do Code Civil, os arts. 1.320-1.323. mas proprio do Projecto de Coelho Rodrigues, art. 1.094, o ultimo delles.

182. Mandato judicial. — A' semelhança dos Codigos Civis português e mexicano, o brasileiro tratou do mandato judicial, porém inspirou-se no direito anterior e na pratica. Convém advertir que se usa a caução *de rato,* na qual alguem se apresenta para defender o direito de outrem, promettendo, no prazo que fôr marcado pelo juiz, apresentar a procuração necessaria. Se o dono do negocio não ratificar, responderá o promittente pelo que tiver praticado e pagará as despesas. Entre as procurações por instrumento publico, está a que se faz *apud acta,* isto é, nos autos do processo, perante o juiz, ou em cartorio, com duas testemunhas.

A mulher pode ser mandataria, ainda em juizo, mas precisa de autorização do marido. Presume-se esta, se tiver por profissão a advocacia (arts. 246, 247 e paragrapho unico).

IX) GESTÃO DE NEGOCIOS

183. Negotiorum gestio. — Regulou-se a gestão de negocios, *Geschätsführung ohne Auftrage,* negotiorum gestio, a que, no direito anterior, apenas havia referencia de passagem (v. g. Codigo Commercial, art. 163). Della tratava, largamente, o *Esboço* de Teixeira de Freitas. Pode-se dizer que todos os projectos collaboraram no capitulo do Codigo. O artigo 1.332 provém do II Projecto alemão, § 609 (cp. I Projecto, § 749), correspondente ao B. G. B. § 678, mas sem a

proposição "und musste der Geschäftsführer dies erkennen" (e devendo sabê-lo o gestor), que tem de subentender-se no dispositivo brasileiro, e com proposição final, inspirada pelo *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 3.432 1°, differente, e que não equivale, praticamente, á do II Projecto alemão, § 609. Accrescentou-se, porém, no art. 1.333, que, no caso do artigo 1.333 (B. G. B. § 678), se os prejuizos da gestão excederem o seu proveito, poderá o dono do negocio exigir que o gestor restitua as coisas ao estado anterior ou o indemnize da differença. E' o que acontecerá no direito alemão, por ser applicavel, quanto á indemnização, o § 249, e ter o dono do negocio a faculdade de manifestar já não ser nenhum o seu interesse na restituição ao estado anterior. Tanto que ser possa, communicará o gestor ao dono do negocio a gestão, que assumiu (art. 1.334 1ª parte, Projecto de Felicio dos Santos, art. 2.312, depois B. G. B. § 681 inicio), aguardando-lhe a resposta, se da espera não resultar perigo (art. 1.334 2ª parte, II Projecto alemão, § 612 1ª parte). Emquanto o dono não providenciar, velerá o gestor pelo negocio, até o levar a cabo, esperando, se aquelle fallecer durante a gestão, as instrucções dos herdeiros, sem se descuidar, entretanto, das medidas que o caso reclame (art. 1.335). O art. 1.336 postula a responsabilidade por culpa e negligencia, de modo que falta, na lei, dispositivo que correspondesse ao *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 3.430, 3º, ou ao B. G. B. § 680 (Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit). Se o gestor se fizer substituir por outrem, responderá pelas faltas do substituto, ainda que seja pessoa idonea, sem prejuizo da acção, que a elle, ou ao dono do negocio, contra ella possa caber, art. 1.337, *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 3.430 2º (cp. Codigo Civil argentino, art. 2.292, espanhol, art. 1.890). Havendo mais de um gestor, será solidaria a sua responsabilidade (art. 1.337 paragrapho unico, Codigo Civil espanhol,

art. 1.890 2ª alinea. — contra: *Esboço* de Teixeira de Freitas. art. 3.430 5º, e argentino, art. 2.292, que se nelle inspirou). Neste ponto, accentúa-se a differença entre o mandato e a gestão de negocios; o que se quer, com a solidariedade, é incentivar a fiscalização reciproca dos gestores.

Ainda no art. 1.338, Bevilaqua (art. 1.477) preferiu ao *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 3.431 1º, que permittia as operações arriscadas, se o dono costumava fazê-las (L. II, D., 3, 5; espanhol, art. 1.891, argentino, art. 2.294), a regra do Projecto de Coelho Rodrigues, art. 1.184, evidentemente nova e mais acertada: em nenhum caso pode o gestor emprehender operações arriscadas. Mas, se o dono quiser aproveitar-se da gestão, será obrigado a indemnizar o gestor das despesas necesarias, que tiver feito, e dos prejuizos, que, por causa da gestão, houver soffrido (art. 1.338 paragrapho unico), porque, dizia o *Esboço* de Teixeira de Freitas, de onde proveio (art. 3.432 2º), "quem quer o proveito de um acto se sujeita ás consequencias delle" (art. 3.400 2º).

O art. 1.339 deriva do Code Civil. art. 1.375; os dois paragraphos, fê-los o Projecto revisto, art. 1.561 (cp. B. G. B. § 686). O art. 1.340 é applicavel no caso de terem-se de evitar prejuizos imminentes, ou de haver proveito para o dono do negocio ou para a coisa, porém nunca a indemnização poderá exceder ás vantagens (art. 1.341). Podem incluir-se nos "prejuizos imminentes" as situações de necessidade em direito civil e publico.

O art. 1.341, em parte correspondente ao B. G. B. § 679, promana do Codigo Civil espanhol, art. 1.894 2ª alinea, mas não se refere, como o texto alemão, ao *interesse publico*, e sim apenas á obrigação de alimentos.

As despesas funerarias, — haja, ou não, herdeiros legitimos, — sairão do monte da herança (art. 1.797); mas, se o fallecido não tiver deixado bens (o art. 1.742 emprega, erradamente. em vez de *se* ou *quando* a expressão *ainda mesmo que*) deverão pagá-las as pessoas que teriam obrigação de prestar alimentos á que falleceu.

A ratificação "pura e simples" retroage á data do começo da gestão e produz todos os effeitos do mandato (art. 1.343, Codigo Commercial, art. 163). Se o dono do negocio, ou da coisa, desapprovar a gestão, por contraria aos seus interesses, vigorará o disposto nos arts. 1.332, 1.333, salvo o estatuido no art. 1.340. Se os negocios alheios forem annexos aos do gestor, attender-se-á ao art. 1.345 e seu paragrapho, inspirado no Codigo Civil português, art. 1.734 e paragrapho unico.

x) EDIÇÃO

184. Contracto de edição. — Regia a propriedade literaria e contracto de edição, no direito anterior, a Lei n. 496, de 1 de agosto de 1898. Della provêm ou aos seus dispositivos são semelhantes os arts. 1.357, 1.358, 1.350, 1.355. Mediante o contracto de edição, o editor, obrigando-se a reproduzir mecanicamente e divulgar a obra scientifica, literaria, artistica, ou *industrial* (emenda do Senado Federal), que o autor lhe confia, adquire o direito exclusivo a publicá-la, e explorá-la (art. 1.346, cp. lei suiça de 1881, art. 372, de 1911, art. 380). Pelo mesmo contracto pode o autor obrigar-se á feitura de uma obra literaria, scientifica, ou artistica, em cuja publicação e divulgação se empenha o editor (art. 1.347). Diverge, dir-se-á, da lei suiça, onde o caso do art. 1.347 não é contracto de edição, e sim locação de serviços, mas certo é que o art. 393 da lei suiça (de 1881, art. 391) só se applica quan-

do o editor der o plano e os autores sejam collaboradores ou auxiliares do editor, ou quando se encommendar um indice ou resumo de livro do editor, etc.; mas, então, tambem no direito brasileiro não se applicará o art. 1.347: não é o contracto de edição, mas o de locação de serviços, e como tal se ha de reger.

Se não houver termo fixado para a entrega da obra, entende-se que o autor pode entregá-la quando lhe convier, mas o editor poderá fixar-lhe prazo, com a comminação de rescindir o contracto (art. 1.348, inspirado no codigo baltico, através do livro de Lehr sobre direito civil russo, cp. austriaco, § 1.166). No art. 1.349, apparece o disposto na lei suiça de 1881, art. 375, hoje art. 382 1ª alinea. No art. 1.350, vigora o que se estatuia no direito anterior, semelhante á lei suiça, art. 385 1ª alinea; mas não se inseriu no Codigo a 2ª alinea, que já apparecia na lei suiça de 1881, art. 379. No caso de ter o editor direito a mais de uma edição, permitte a lei brasileira o seguinte, que deroga os principios geraes dos contractos synallagmaticos (cp. art. 1.092 paragrapho unico): não havendo acôrdo entre as partes contractantes sobre a maneira de exercerem os seus direitos, poderá qualquer dellas rescindir o contracto, sem prejuizo da edição anterior. Mas ha de interpretar-se que o art. 1.351 só se applicará quando alguma clausula se deixou para ser ulteriormente resolvida. Se tudo se estabeleceu no primitivo contracto, nada poderá allegar qualquer das partes para se eximir da sua obrigação. Se, esgotada a ultima edição, o editor com direito a outra, a não levar a effeito, poderá o autor intimá-lo judicialmente a que o faça em certo prazo, sob pena de perder aquelle direito (art. 1.352, lei suiça de 1881, art. 380, de 1911, art. 383 3ª alinea). Se não ficar previsto no contracto, — o autor poderá, no caso

do art. 1.352, pedir perdas e damnos, e não os honorarios devidos pelas edições futuras.

Os arts. 1.353, 1.354, 1.356-1.358, correspondem á Lei suiça, arts. 388, 389 2ª alinea, 383, 384, mas os dois ultimos já constavam da Lei de 1898, arts. 5, 4 §§ 5, 6. Não se presume gratuita a edição, porém as circumstancias podem caracterizar a renuncia a qualquer paga (Lei suiça de 1881, art. 383, de 1911, art. 388 1ª alinea), se bem que não no-lo diga a lei brasileira (cp. lei alemã de 1901, § 22). Nada se dispôs sobre os exemplares abonados, *Freiexemplare,* que estão em uso geral, e aos quaes se referem a Lei suiça de 1911, art. 389 3ª alinea, e a Lei alemã de 1901, § 25. Mas deve-se attender ao uso, principalmente da propria casa ou revista. Da lei de 1898, art. 4 § 3, provém, de algum modo, o art. 1.355, que corresponde ao art. 383 2ª alinea, da lei suiça; mas o Projecto de Coelho Rodrigues, art. 848, continha melhores regras. As disposições dos arts. 1.356-1.358 são correspondentes á Lei suiça, artigos 383 1ª alinea, e 384 (de 1881, arts. 377 1ª alinea, 378.

Como se vê, o Codigo não se utiliza da Lei alemã de 1901, nem da literatura posterior a esta e á Lei suiça de 1911, que lhe teriam enriquecido o capitulo sobre contracto de edição.

Nos arts. 649-673, tratou-se da propriedade literaria, scientifica e artistica.

x) REPRESENTAÇÃO DRAMATICA

185. Representação dramatica. — Como o Codigo Civil português e o mexicano, o brasileiro cogitou da representação dramatica, porque, além da publicação pela imprensa (contracto de edição), é susceptivel da exhibição scenica. Publicada pela imprensa, pode ser representada, sem autorização

do autor, se a audição não for retribuida (art. 657). Se não estiver publicada, ou se tiver de ser levada ao palco em exhibição remunerada, é de mistér que o autor consinta. Surge, então, o contracto de representação dramatica, para o qual o Codigo se inspirou, porém não servilmente, no Codigo Civil português, arts. 598 1°, 600, 597, 598 2° (cp. mexicano, arts. 1.174, 1.178, 1.172, 1.175). Tambem o empresario não pode diminuir o texto, nem alterá-lo, sem que o autor consinta.

Devido á lacuna do Codigo, as regras do contracto de edição e da representação dramatica têm de ser applicadas, *mutatis mutandis*, ás relações oriundas da cinematographia.

XI) SOCIEDADE

186. Sociedades civis. — A definição — que differe do conceito das Ordenações, Liv. IV, tit. 44, pr., só modificado pela Lei n. 173, de 10 de setembro de 1893 — procede da lei suiça de 1881, art. 524 1ª alinea (de 1911, art. 530, cp. B. G. B. § 705). Abrange as sociedades de fins não economicos. Registada a sociedade, adquire personalidade juridica (arts. 20, 18). A lei não está perfeitamente adaptada a esta concepção da personalidade juridica das sociedades; o art. 1.389, por exemplo, só tem applicação antes do registo. As sociedades com personalidade podem ser proprietarias de immoveis e exercer, pelos administradores ou representantes, as acções possessoriaes.

Se as sociedades civis revestirem as fórmas estabelecidas nas leis commerciaes, entre as quaes se inclue a das sociedades anonymas, obedecerão aos respectivos preceitos, no em que não contrariarem os do Codigo Civil; mas serão inscriptas no registo civil, e será civil o seu fôro (art. 1.364, *Esboço* de

Teixeira de Freitas, art. 3.094, 3.095). Podemos, pois, ter sociedades civis com as formas classicas das sociedades commerciaes: em nome collectivo, em commandita, com o capital dividido em quotas, as "anonymas" ou por acções, as commanditas por acções, as por quotas com responsabilidade limitada, as de capital e industria. Se não revestir nenhuma destas fórmas, reger-se-á, exclusivamente, pelo Codigo Civil (art. 1.365). Nas questões entre os socios — e a lei devia accrescentar dos socios contra estranhos (Codigo Commercial, art. 303) — a sociedade só se provará por escripto, mas os estranhos poderão prová-la de qualquer modo (art. 1.366). Alguns codigos prohibem as sociedades *omnium bonorum* ou universaes (argentino, art. 1.651, chileno, art. 2.056, venezuelano, art. 1.710), mas o Codigo Civil as admitte (art. 1.367), inclusive a de todos os bens futuros (art. 1.368). Mas, se for ajustada sem outra declaração, entende-se restricta ao que, de futuro, ganhar cada um dos associados (art. 1.369). A sociedade particular só comprehende os bens, ou serviços, especialmente declarados no contracto (art. 1.370), considerando-se tambem sociedade particular a que se constitue, especialmente, para executar, em commum, certa empresa, explorar certa industria, ou exercer certa profissão (art. 1.371).

E' nulla a clausula, que attribua todos os lucros a um dos socios, ou subtraia o quinhão social de algum delles á comparticipação nos prejuizos (art. 1.372).

Os arts. 1.373, 1.374, derivam do direito anterior (Ord., Liv. IV, tit. 44, pr. e § 1º, cp. B. G. B. § 724). As obrigações dos socios começam immediatamente com o contracto, se este não fixar outra época, e acabam quando, dissolvida a sociedade, estiverem satisfeitas e extinctas as responsabilidades sociaes (art. 1.375). A entrada imposta a cada socio pode con-

sistir em bens (propriedade), no uso ou no uso e rendas delles (1), na cessão de direitos, ou, sómente, na prestação de serviços (art. 1.376 1ª parte). No silencio do contracto, presumir-se-ão iguaes entre si as entradas (art. 1.376 2ª parte).

Por influencia de Teixeira de Freitas (*Esboço*, art. 1.360 1º), ficarão em commum as coisas fungiveis, mas o *Esboço*, sem adoptar o principio geral que apparece no B. G. B. § 718, tambem considerava communs os bens não fungiveis que se deterioram, os moveis ou immoveis destinados a ser vendidos por conta da sociedade, ou que tenham sido estimados no contracto social ou em documento a elle referente ou por elle referido. Copiou-o o Codigo Civil argentino, art. 1.704. O brasileiro foi mais timido e não se comprehende que, admittido o principio para as coisas fungiveis, não o extendesse ás outras. Seria meio termo, como o é o argentino, entre o romanismo do Code Civil e o principio alemão das mãos communs (B. G. B. § 717). Mas a doutrina (Clovis Bevilaqua, Pontes de Miranda) assentou o seguinte: além das coisas fungiveis e dos bens moveis ou immoveis que o socio juridicamente transfira a sociedade, consideram-se communs: as não fungiveis que se possam deteriorar ou consumir, as transferidas por valor certo, constante de inventario ou balanço, datado e assignado pelo socio, pelo representante da sociedade, reconhecidas as firmas.

Pertencem ao patrimonio social todos os lucros obtidos pelo socio, na industria, que se obrigou a exercer em beneficio da sociedade (art. 1.379, cp. Codigo Commercial, art. 317 2ª parte). Este e os arts. 1.381, pr., 1.386, 1.389, 1.390, 1.402, 1.409, derivam do Code Civil, arts. 1.853 1ª alinea,

(1) Aqui o Codigo Civil empregou "uso e gozo" no sentido de *usus* e *fructus*, o que não se justificaria no art. 1.188, relativo á locação, que sómente concerne ao *usus*.

1.859, 1.849, 1.851, 1.868, 1.872. Do direito e doutrina anteriores, procedem o art. 1.380-1.383, 1.388. 1.400 (Codigo Commercial, art. 307), 1.391, 1.392, 1.394, com a tendencia a preferir ás soluções das velhas Ordenações o disposto no Codigo Commercial. Nellas, por exemplo, no silencio do contracto, mandavam-se repartir os lucros e perdas sem attenção ao valor das entradas, e o art. 1.381 seguiu o Codigo Commercial, art. 330.

No Code Civil, o art. 1.858 estatue: "S'il a été stipulé que l'un des administrateurs ne pourra rien faire sans l'autre, un seul ne peut, sans une nouvelle convention, agir en l'absence de l'autre, *lors même que celui-ci serait dans l'impossibilité actuelle de concourir aux actes d'administration*". Teixeira de Freitas insurgiu-se contra isto e no *Esboço*, art. 3.129 2ª alinea, propôs que se permittisse a intervenção em caso de urgencia, para salvar a sociedade de algum perigo. Adoptou o mesmo o Codigo Civil italiano, art. 1.722, e este novo texto apparece no Codigo, art. 1.385. O art. 1.387, que provém do Projecto de Felicio dos Santos, art. 2.210, e de Coelho Rodrigues, art. 893, é, em parte, semelhante, ao § 719 do B. G. B., e precisa ser interpretado de conformidade com o systema do Codigo e não no restricto sentido do Code Civil, art. 1.860 (aliéner, engager). Não é tão expresso como o B. G. B. § 719, mas tambem, segundo o Codigo Civil, não pode o socio alienar a sua parte nos bens da sociedade.

No caso de divisão de lucros illicitos, cada um dos socios terá de repor o que recebeu do socio delinquente, se este for condemnado á restituição (art. 1.392). O socio que recebeu de outro lucros illicitos, conhecendo ou devendo conhecer-lhes a procedencia, incorre em cumplicidade, e fica obrigado solidariamente a restituir (art. 1.393). Ambas estas disposições, adoptadas por Bevilaqua, procedem das Ord., Liv. IV, tit. 44,

§ 3, através de Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis,* arts. 749, 750.

São consideradas *dividas sociaes* as obrigações contraídas conjuntamente por todos os socios, ou por algum delles no exercicio do mandato social (art. 1.395. *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 3.195). A fonte do art. 1.396 foi o I Projecto alemão § 656 3ª alinea, segundo a traducção franceza usada pelos legisladores, e podemos assegurar que não conheciam o II Projecto: deste deriva a allusão á restituição das quotas (Rückerstattung der Einlagen), B. G. B. § 735. Os devedores da sociedade não se desobrigam pagando a um socio não autorizado para receber (art. 1.397. *Esboço* de Teixeira de Freitas. art. 3.272, que tambem passou ao argentino, art. 1.749).

No direito commercial, não se pode excluir a solidariedade nas sociedades em nome collectivo (Codigo Commercial, art. 316). Nas civis, presume-se não serem solidarios pelas dividas sociaes (art. 1.398). Se os actos de um socio redundarem em proveito da sociedade, o terceiro (art. 1.398) ou o proprio socio poderá propor a acção *de in rem verso*, cumprindo-lhe provar o proveito que teve, sem causa, a sociedade (*Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 3.201 2ª alinea). E' assim que havemos de entender o art. 1.398.

O art. 1.399, parecido com o Codigo Commercial, arts. 335, 336, cogitou da dissolução das sociedades, e o paragrapho refere-se ás de fins não economicos (Senado Federal, emenda n. 1.355). A prorogação do prazo social só se prova por escripto, nas mesmas condições do contracto que o fixou (art. 1.400, Codigo Commercial, art. 307). Se a sociedade se prorogar depois de vencido o prazo do contracto, — diz o art 1.401, tirado do Codigo Civil espanhol, art. 1.703, — entender-se-á que se constituiu de novo; se dentro do prazo, ter-

se-á por continuação da anterior. Se o contracto estipular que a sociedade continue com o herdeiro do socio fallecido, cumprir-se-á a estipulação, toda vez que ser possa; mas, sendo menor, será dissolvido, em relação a elle, o vinculo social, caso o juiz o determine (art. 1.403, Projecto de Coelho Rodrigues, art. 904, Bevilaqua, art. 1.730, revisto, art. 1.628, cp. Codigo Civil peruano, art. 1.691, chileno, art. 2.105). Se bem que inspirado no Code Civil, art. 1.869, o art. 1.404 substituiu ao indeterminado da lei francesa o prazo de dois meses. O art. 1.405 decorre do Code Civil, art. 1.670, através do português, art. 1.278.

As regras do art. 1.406, inspiradas no Codigo Civil chileno, art. 2.111, 2.112, e no espanhol, art. 1.706 (cp. uruguayo, art. 1.935), apparecem, na lei brasileira, com feição propria. O art. 1.407, como o art. 1.377, é superfluo. O art. 1.408 origina-se do português, art. 1.279 (cp. B. G. B. § 723). O socio de industria só participa dos lucros da sociedade, sem responsabilidade nas suas perdas, salvo se o contrario se estipulou no contracto. Se este não declarar a parte dos lucros, entender-se-á que é proporcional á menor das entradas (art. 1.409 paragrapho unico).

A referencia do art. 1.409 aos arts. 1.772 e seguintes deve entender-se sómente até o art. 1.779. O fôro competente é o da séde da sociedade; salvo se não tiver séde fixa e estiver completamente extincta: será, então, o do réo, se penal a acção, ou o da situação da coisa, se real.

XII) PARCERIA

187. Parceria agricola. — Dá-se a parceria agricola, quando uma pessoa cede um predio rustico a outra, para ser por esta cultivado, repartindo-se os frutos entre as duas, na

proporção que estipularem (art. 1.410, Ord., Liv. IV, tit. 45). Para o Codigo é especie autonoma de contracto, a que se devem applicar as regras da locação de serviços (art. 1.414, Codigo Civil português, art. 1.303, italiano, art. 1.647 2ª parte, mexicano, art. 2.325). A assimilação ao contracto de locação de serviços é criticavel. Nas relações entre os dois parceiros, quanto á partilha dos frutos, as regras que se applicam são as do contracto de sociedade. Parceiro incumbido da cultura não responderá pelos encargos do predio, se os não assumir (art. 1.411, Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil*, § 845). São encargos do predio: impostos prediaes, fôro emphyteutico, rendas sobre o immovel, defesa judicial do immovel, hypotheca, antichrese, etc. Os riscos do caso fortuito, ou força maior, correm em commum contra o proprietario e o parceiro (art. 1.412); mas ha de se entender, pelo que diz a lei: a perda total do predio, ou parcial, que o torne improprio á cultura contractada, produz revisão do contracto, que passaria a não ter objecto; se parcial, o contracto subsiste, e nenhum dos parceiros pode ao outro pedir indemnização. A parceria não passa aos herdeiros dos contraentes, salvo se estes deixaram adeantados os trabalhos de cultura, caso em que durará, quanto baste, para se ultimar a colheita (art. 1.413); mas a parceria subsiste, quando o predio se aliena, ficando o adquirente subrogado nos direitos e obrigações do alienante (art. 1.415). Se por prazo determinado, respeitar-se-á até o fim o contracto; se por prazo indeterminado, attender-se-á ao disposto nos arts. 1.212, 1.197 paragrapho unico.

188. Parceria pecuaria. — No direito anterior, prohibia-se a parceria pecuaria. Mas as necessidades sociaes zom-

baram das Ordenações, Liv. IV, tit. 69, e o Codigo Civil veio regulá-la. Constituem objecto de partilha as crias dos animaes e os productos, como pelles, crinas, lã e leite (art. 1.417, Code Civil, art. 1.811). O parceiro proprietario substituirá por outros, no caso de evicção, os animaes evictos (art. 1.418, Codigo Civil português, art. 1.307, mexicano, art. 2.329). Salvo convenção em contrario, o parceiro proprietario soffrerá os prejuizos resultantes do caso fortuito, ou força maior (art. 1.419, cp. Code Civil, art. 1.807). Ao proprietario caberá o proveito, que se obtenha dos animaes mortos, pertencentes ao capital (art. 1.420, Codigo Civil português, art. 1.309). Salvo clausula em contrario, nenhum parceiro, sem licença do outro, poderá dispor do gado (art. 1.421, Code Civil, art. 1.812). As despesas com o tratamento e criação dos animaes, não havendo acôrdo em contrario, correrão por conta do parceiro tratador e criador (art. 1.422, Projecto de Felicio dos Santos, art. 2.257). Applicam-se a este contracto as regras do de sociedade, no que não estiver regulado por convenção das partes, (art. 1.423, Codigo Civil português, art. 1.305, mexicano, art. 2.327).

XIII) CONSTITUIÇÃO DA RENDA

189. Contracto de renda. — No *Esboço* de Teixeira de Freitas, arts. 2.235, 2.236, só se tratava da renda como caso particular de mutuo. O art. 1.424 resume o conceito e as regras dos Projectos anteriores (Felicio dos Santos, 2.319, 2.336, Coelho Rodrigues, 910, 911, Bevilaqua, 1.551-1.554), cp. Code Civil, art. 1.968-1.973, português, art. 1.644, 1.646, 1.706, B. G. B. §§ 759, 761. Se bem que esteja no livro sobre direito das obrigações, — allude-se, no art. 1.424, á

renda constituida por acto entre vivos "ou de ultima vontade". Fica sem objecto o contracto ou a declaração de ultima vontade, se a pessoa favorecida já estiver, na data, fallecida, ou vier a fallecer nos trinta dias seguintes, de doença de que já soffria (art. 1.425, Code Civil, art. 1.974, 1.975). Se os beneficiados forem muitos, é valido o contracto para os que sobreviveram aos trinta dias. Os bens dados em compensação de renda caem, desde a tradição (ou da transcripção no registo predial, devia a lei completar), no dominio da pessoa, que por aquella se obrigou (art. 1.426). Se o rendeiro deixar de cumprir a obrigação estipulada, poderá o credor accioná-lo, assim para que lhe pague as prestações atrasadas, como para que lhe dê garantia das futuras, sob pena de rescisão do contracto (art. 1.427). O credor adquire o direito á renda dia a dia, se a prestação não houver de ser paga adeantada, no começo de cada um dos periodos prefixos (art. 1.428, Code Civil, art. 1.980). Quando a renda for constituida em beneficio de duas ou mais pessoas, sem determinação da parte de cada uma, entende-se que os seus direitos são iguaes; e, salvo estipulação diversa, não adquirirão os sobrevivos direito á parte dos que morrerem (art. 1.429, *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 2.261, que tambem inspirou o argentino, art. 2.084, e o uruguayo, art. 2.188, cp. chileno, art. 2.265). Constituida por titulo gratuito, pode a renda, por acto do instituidor, ficar isenta de execuções pendentes e futuras (art. 1.430 1ª parte, Code Civil, art. 1.981). Esta isenção existe de pleno direito em favor dos montepios e pensões alimenticias (art. 1.430 2ª parte). Vinculada a um immovel, constitue direito real (art. 1.431, veja art. 749-754). A impenhorabilidade é irrenunciavel.

XIV) SEGURO

190. Seguros. — Diremos pouco; a fonte principal foi o Codigo Civil do Cantão de Zurique. O legislador não conheceu a lei alemã de 1908. A definição (art. 1.432) é oriunda do Projecto revisto, art. 1.700: contracto "pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um premio, a indemnizá-la do prejuizo resultante de riscos futuros, previstos no contracto". Será commercial, se tiver por objecto acto, coisa ou estabelecimento commercial, ou se fôr maritimo, que é sempre commercial. Os mutuos e de vida são civis. Os arts. 1.433, 1.434, 1.436-1.439, 1.441-1.444, 1.446, 1.449-1.465, 1.466-1470, 1.472, 1.476, derivam do Codigo Civil do Cantão de Zurique, arts. 497, 498, 500-502, 504, 506-509, 511, 514-530, 533-538, 548, 550. E', pois, sem caracteristica, sem novidade de technica, o capitulo sobre seguro. Apenas apparecem breves differenças, das quaes são principaes as seguintes: no art. 1.435, superfluamente se reaffirma o principio de liberdade das convenções; no art. 1.440, permittiu-se, expressamente, o seguro de vida e das faculdades humanas (capacidade de trabalho, saude mental, etc., cp. lei alemã § 1): permittem-se, no art. 1.447, apolices de seguro ao portador (cp lei alemã, § 4), excepto a de seguro de vida; declarou-se, no art. 1.448, o que as apolices devem conter; no art. 1.475 dispôs-se que a somma estipulada como beneficio não está sujeita a obrigações ou dividas do segurado; não se póde instituir beneficiario pessôa que fôr legalmente inhibida de receber doação do segurado (art. 1.474, Projecto de Coelho Rodrigues, art. 979).

No art. 1.473, perdeu-se, de certo modo, a doutrina da fonte, que fôra o Codigo do Cantão de Zurique. No Projecto

de Coelho Rodrigues, art. 978, dispunha-se: "Salvo disposição contraria e constante da apolice, ou dos estatutos da respectiva companhia, é licito ao segurado transmittir, por acto entre vivos ou de ultima vontade, a outra pessôa capaz, o direito ao seguro, e o segurador é obrigado, não obstante quaesquer pretensões dos successores do segurado, ou, por morte deste, a fazer o pagamento á pessôa, que justificar a posse legitima da respectiva apolice". No de Bevilaqua, art. 1.590: "E' licito ao segurado, não havendo clausula em contrario, transmittir, por acto entre vivos, o direito á somma segurada. O segurador é obrigado a effectuar o pagamento á pessôa que justificar a posse legitima da apolice, quaesquer que sejam as impugnações dos successores do segurado".

No art. 1.472, exige-se a justificação do "interesse" no seguro da vida de outrem, no que se afastou da sua fonte e da lei alemã, § 159 (cp. Codigo Commercial português, artigo 456, argentino, art. 693, hungaro, art. 499; o mexicano, art. 2.751, prohibe o seguro da vida de terceiro).

No Projecto de Coelho Rodrigues, art. 935, estatuia-se: "Quando o seguro se faz por intermedio de um representante do segurado, este (*o segurado*) responde tambem para com o segurador por todas as inexactidões ou omissões daquelle (*o representante*), que possam influir no respectivo contracto". E' o que se dispunha no Codigo de Zurique, art. 510: "Wird die Versicherung durch einen Stellvertreter der Versicherter besorgt, so hat der letztere dem Versicherer gegenüber die nachtheiligen Folgen zu tragen, welche solche Verschuldung des Stellvertreters für die Gültigkeit des Geschäftes hat". O senador Ruy Barbosa, que via a fórma e era inattento para o fundo, de uma descuriosidade absurda pelo que as leis dispunham, como genio plastico (e exclusivamente plastico) que era, en-

tendeu alterar o texto do Projecto revisto, art. 1.713. O que apparece no art. 1.445 reclama emenda.

XV) JOGO E APOSTA

191. Jogo e aposta. — O Projecto de Clovis Bevilaqua não se occupara do jogo e da aposta. Não assim os demais. O art. 1.477 provém do Codigo Civil espanhol, art. 1.477; o paragrapho foi inspirado no *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 2.273, e corresponde, de certo modo, ao B. G. B. § 762. Não se póde exigir reembolso do que se emprestou para jogo, ou aposta, no acto de apostar, ou jogar (art. 1.478, Codigo Civil português, art. 1.542, § 2º, que, por sua vez, o recebeu do *Preuss. Allg. Landrecht*). Ao B. G. B. § 764 corresponde o art. 1.479. Do *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 2.279, ainda se tirou o art. 1.480, que tambem passou ao argentino, art. 2.068, e ao uruguayo, art. 2.179: se A, B e C têm de partilhar o terreno *a* e adoptam o sorteio para resolver a quem cabem os quinhões *a'*, *a"*, *a'"*, considera-se *partilha*, e não jogo; se diz A que metade do terreno *a* lhe pertence e B affirma que lhe pertencem 2/5 e desejam decidir pela sorte esta questão, considera-se transacção, e não jogo, o sorteio, que A e B fizerem.

XVI) FIANÇA

192. Fiança. — O Codigo Civil define a fiança (artigo 1.481). No Codigo Commercial, além da fiança (arts. 256-263, ha as *cartas de credito* (art. 264), a commissão *del credere* (art. 179) e o *aval*, garantia especial da letra de cambio (Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, arts. 14, 15). No direito anterior, a mulher não podia ser fiadora (Cod., Liv. IV, tit. 61), hoje a casada ainda precisa de autorização

do marido. Onde o Codigo não manteve o direito anterior, recorre ao Code Civil, a cujos arts. 2.013 alineas 2ª e 3ª, 2.018, 2.021, 2.023 1ª parte, 2.036-2.038 correspondem os arts. 1.487, 1.489, 1.491, 1.502, 1.503 II e III do Codigo, ou ao espanhol, arts. 1.825, 1.827, que foram as fontes dos arts. 1.485, 1.486, ou ao português, art. 822, em que se inspirou o art. 1.488. O direito anterior e a doutrina, de caracter romano-francês, por que se regiam a jurisprudencia e a interpretação anterior ao Codigo, persistem nos arts. 1.482-1.484, 1.492-1.497, 1.500, 1.501, 1.503 I, com accentuada tendencia a uniformizar o direito civil e o commercial. O artigo 1.490 extende o disposto no Code Civil, art. 2.020, ao caso de incapacidade superveniente, e á fiança convencional, judicial e legal, sem admittir a excepção do Code Civil, artigo 2.020 2ª alinea.

Na Lei suiça, art. 503, adopta-se providencia que tambem tinha o art. 1.734 do Codigo Civil mexicano, e do Montenegro, arts. 462, 463, porém o Codigo Civil afastou-se de todos, e a regra que formula no art. 1.498 é de grande simplicidade e de um caracter geral, que lhe dá, innegavelmente, feição propria. Em vez dos prazos da lei suiça, permitte-se a intervenção do fiador, para promover andamento do processo, sempre que o credor, sem justa causa, demorar a execução.

O art. 1.499 não se mantém fiel ás suas fontes; e deve entender-se que não se applica aos casos em que o fiador (art. 1.492) não possa invocar o beneficio do art. 1.491. No artigo 1.504, dá-se melhor fórma ao art. 2.024 do Code Civil.

Para entendimento do art. 1.488, verifiquem-se os arts. 6, 970, 1.259. A phrase final do art. 1.501 é anachronica, suppõe a responsabilidade *ultra vires hereditatis,* que o Codigo desconhece, art. 1.587.

TITULO VI

OBRIGAÇÕES POR DECLARAÇÃO UNILATERAL DE VONTADE

TITULOS AO PORTADOR E PROMESSA DE RECOMPENSA

193. **Titulos ao portador.** — Aqui se accentúa o influxo dos projectos alemães. E' de notar que, pela primeira vez, se abre este titulo geral — *Obrigações por declaração unilateral de vontade* — comprehendendo os titulos ao portador e a promessa de recompensa. Procedem do I Projecto alemão, §§ 685, 686, 689, 692-693, os arts. 1.505-1.507, 1.509, referentes a titulos ao portador. O art. 1.508 deriva da Lei suiça de 1881, art. 848. Do direito anterior (Decreto numero 177-A, de 15 de setembro de 1893, art. 3, Lei n. 561, de 31 de dezembro de 1893, art. 3, Lei n. 561, de 31 de dezembro de 1898), o art. 1.511 (cp. B. G. B. § 795). No artigo 1.510, houve modificação (1) á fonte (I Projecto alemão, § 703).

194. **Promessa de recompensa.** — Quanto á promessa de recompensa, emanaram do I Projecto alemão, §§ 581 (II Projecto, § 589), 583, os arts. 1.512-1.515; e as differenças de fórma são de pouca monta (2). Os arts. 1.516, 1.517, derivam do I Projecto, § 584. Já o *Esboço* de Teixeira de Freitas, arts. 2.702-2.706, tratava dos concursos, com certa minucia e sabedoria technica.

---

(1) PONTES DE MIRANDA, *Dos Titulos ao portador*, Rio de Janeiro, 1921, pag. 521 e seguintes.

(2) PONTES DE MIRANDA, *Da Promessa de Recompensa*, Rio de Janeiro, 1922-1927.

TITULO VII

OBRIGAÇÕES POR ACTOS ILLICITOS

195. Actos illicitos; responsabilidade. — Os bens do responsavel pela offensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos á reparação do damno causado; e, se tiver mais de um autor a offensa, todos responderão solidariamente pela reparação (art. 1.518). São solidariamente responsaveis com os autores os cumplices e as pessôas designadas no art. 1.521. No art. 76, o Codigo Civil permittiu a acção fundada no damno moral, e exemplifica, a respeito da liquidação, alguns casos (arts. 1.547-1.551). Geram a obrigação de indemnizar não só o acto illicito, como, tambem, o exercicio *irregular* do direito, *abus du droit* dos franceses, *Rechtsmissbrauch* dos alemães. Em regra a força maior exclue a responsabilidade do que causa prejuizos (art. 1.058), mas, nos casos de necessidade, ou de legitima defesa, se ha diminuição do patrimonio de terceiro que não fôr culpado, assistir-lhe-á a indemnização do prejuizo que soffreu (arts. 160 paragrapho unico, 1.519). Está claro que não, se o damno maior seria ao proprio dono da coisa ou ao seu patrimonio. Se o perigo occorrer por culpa de terceiro, contra este ficará com acção regressiva, no caso do art. 160 n. II, o autor do damno, para haver a importancia que tiver resarcido ao dono da coisa (artigo 1.520, Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 1.641). A mesma acção competirá contra aquelle em defesa de quem se damnificou a coisa (art. 160, I). O art. 1.521 mantem, quasi integralmente, o direito anterior (Carlos de Carvalho, *Nova Consolidação,* art. 1.004, § 1°, 1.015-1.017, cp. Code Civil, art. 1.384, B. G. B. §§ 831, 832).

As pessôas juridicas que exercerem exploração industrial ficam sujeitas á responsabilidade a que se refere o art. 1.521 III; as pessôas juridicas de direito publico respondem, em geral, pelos seus representantes (art. 15); as de fins não economicos (literarias, scientificas, religiosas, etc.), não respondem pelos actos illicitos dos seus prepostos.

A Lei n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, regula a responsabilidade das estradas de ferro.

As pessôas enumeradas nos arts. 1.521, I-IV, 1.522, deviam presumir-se culpadas, mas o Senado Federal inverteu — abusiva e contra o systema do Codigo — o principio: seria ao prejudicado que incumbiria provar a culpa ou negligencia.

O que resarcir o damno causado por outrem, se este não fôr descendente seu, póde rehaver, daquelle por quem pagou, o que houver pago (art. 1.524, Projecto de Coelho Rodrigues, art. 1.204).

A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existencia do facto, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime (art. 1.525). O art. 1.526 deriva do Codigo Civil português, art. 2.366.

Quanto ao damno causado por animal alheio, inspirou-se o Codigo (art. 1.527) na Lei suiça de 1881, art. 65 (cp. de 1911, art. 56). No art. 1.528, sobre edificios e construcções, incompletamente se dispôs (cp. Code Civil, art. 1.386). Adoptou-se a responsabilidade objectiva quanto a coisas que cairem ou forem lançadas em lugar indevido (art. 1.529, Projecto de Coelho Rodrigues, art. 1.210). Os tres artigos finaes reproduzem, com alterações não fundamentaes, o velho direito das Ordenações, e constituem, hoje, particularidades do direito civil brasileiro (arts. 1.530-1.532).

O perdão do offendido exime o culpado da responsabilidade de indemnizar; não tem este effeito o do poder publico. Não no disse o Codigo; mas é principio assente.

TITULO VIII

LIQUIDAÇÕES DAS OBRIGAÇÕES

196. Obrigação illiquida e liquidações. — A obrigação liquida, na terminologia do Codigo Civil, é a que, quanto á sua existencia, é certa, e, quanto ao seu objecto, determinada (art. 1.533). Como o titulo sobre obrigações por actos illicitos, este é caracteristico do direito brasileiro, — ou tirado do direito anterior, escripto ou não, ou elaborado pelos projectos no sentido da pratica e dos sentimentos nacionaes. Acontecerá o mesmo no Titulo IX sobre privilegios creditorios. Do direito anterior derivaram os arts. 1.534, 1.535, 1.542, 1.543, 1.544, 1.545, 1.552, que, lidos, logo se distinguem das regras do direito dos outros paises. Sómente os arts. 1.537, 1.538, 1.541, parecem inspirados na Lei suiça de 1881, art. 52, no Codigo Civil austriaco, §§ 1.325, 1.326, e no português, art. 2.392, porém não correspondem exactamente a elles. Os demais procedem ou foram inspirados pelo Projecto de Coelho Rodrigues, porém guardam inteira coherencia com o systema do Codigo. O art. 1.549 provém do Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 1.674, e o art. 1.550 do *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 3.645, sendo que, no de Felicio dos Santos, artigo 633, se inspirou Coelho Rodrigues, art. 1.231, para redigir o art. 1.551. No art. 1.539 parece que se combinou o *Esboço* de Teixeira de Freitas com I Projecto alemão, § 726 (B. G. B. § 843).

TITULO IX

CONCURSO DOS CREDORES

197. Concurso de credores. — Nos Projectos de Coelho Rodrigues, arts. 1.271-1.302, de Bevilaqua, artigos 1.679-1.712, e no revisto, arts. 1.848-1.880, regulava-se a "insolvencia civil" ou "fallencia dos não-commerciantes", num arrojo de uniformização do direito commercial e civil. "Seria realmente injusto", dizia Clovis Bevilaqua, *Projecto do Codigo Civil brasileiro, Observações,* pag. 44), "continuar a tratar por modo tão diverso os devedores commerciantes e os civis, quando é principio definitivamente assentado na jurisprudencia occidental que os bens do devedor constituem garantia commum dos seus credores". Mas, na Camara dos Deputados, o novo instituto caiu (*Trabalhos,* vol. VI, paginas 477, 534).

Procede-se ao concurso de credores toda vez que as dividas excedam á importancia dos bens do devedor (art. 1.554, cp. Codigo Civil espanhol, art. 1.913). Portanto, quando, na execução promovida por algum credor, ou no inventario do fallecido, pois a herança responde pelas dividas do fallecido (art. 1.796), occorrerem os seguintes factos: 1) excederem as dividas aos bens; 2) exhibirem os credores os seus titulos; 3) forem citados os credores conhecidos, com a comminação de perderem a preferencia, se não comparecerem (Reg. numero 737, de 1850, art. 613). A abertura sómente póde ser promovida pelo credor, e nunca pelo devedor. Aberto o concurso, reputam-se vencidas todas as dividas do insolvente (art. 954 I). A discussão entre credores póde versar, quer sobre a preferencia entre elles disputada, quer sobre a nulli-

dade, simulação, fraude, ou falsidade das dividas e contractos (art. 1.555, Reg. n. 737, de 1850, art. 617). Se não houver titulo legal á preferencia, terão os credores igual direito sobre os bens do devedor commum (art. 1.556, Reg. n. 737, art. 632).

198. **Privilegios.** — No direito brasileiro, o privilegio é direito pessoal, e não real; e são titulos legaes de preferencia os privilegios e os direitos reaes (art. 1.557). Excluem-se do concurso os bens a que se referem os arts. 70, 1.430, 1.676, e os vencimentos dos empregados publicos, os salarios e instrumentos de trabalho dos officiaes mecanicos, o que fôr indispensavel para cama e vestuario do executado, salvo o que fôr precioso, e as provisões de comidas achadas em casa delle (arg. ao Reg. 737, art. 529). Conservam seus respectivos direitos os credores, hypothecarios ou privilegiados: I. Sobre o preço do seguro da coisa gravada com hypotheca ou privilegio, ou sobre a indemnização devida, havendo responsavel pela perda ou damnificação da coisa. II. Sobre o valor da indemnização, se a coisa obrigada a hypotheca ou privilegio fôr desapropriada, ou submettida a servidão legal (art. 1.558). A lei fala só em credores hypothecarios, mas ha de comprehender os demais direitos reaes (arts. 674, 1.557). No Codigo Civil italiano, art. 1.951 2ª alinea, e no B. G. B. § 1.128, fixa-se prazo para que os credores se opponham ao pagamento do seguro; o art. 1.559, que provém, como o art. 1.558, do Projecto de Felicio dos Santos, arts. 2.513, 2.514, não se refere a prazo, o que, evidentemente, constitue defeito da lei brasileira. Os arts. 1.560-1.566 I-VI, constituem a estructura tradicional do systema do Codigo, ligeiramente modificada. O privilegio do art. 1.566 VII foi innovação do Projecto de Coelho Rodrigues, art. 1.318 § 8º, justo e util.

Do Projecto de Felicio dos Santos, art. 2.523 paragrapho unico (Coelho Rodrigues, art. 1.319) deriva o art. 1.567. No direito anterior havia maior numero de privilegios especiaes que os do art. 1.566 e menor de privilegios geraes que os do art. 1.569, porém não foram quebradas as linhas fundamentaes do systema. Só o art. 1.570, perfeitamente justificavel, provém de fóra (Codigo Civil português, art. 884, 6º). No art. 1.571, a Camara dos Deputados, coherente com a organização politica da Republica, criou a graduação do privilegio do fisco: a Fazenda Federal prefere á Estadual e esta a Municipal.

DIREITO DAS SUCCESSÕES

TITULO I

DA SUCCESSÃO EM GERAL

No Codigo Civil, o direito das successões é uma das partes mais simplificadas: são apenas 203 artigos, incluidas as regras sobre partilha.

199. Transmissão dos bens, capacidade. — Conservou-se muito do direito anterior, porém em varios lugares preferiram-se dispositivos de outros codigos, ás vezes pela forma delles, outras por constituirem solução para as controversões da doutrina até então vigente. Morta a pessoa, a propriedade e a posse da herança transmittem-se, immediatamente, aos herdeiros legitimos e testamentarios (art. 1.572). Havendo *herdeiros necessarios* (arts. 1.576, 1.721-1.725), só se pode dispor por testamento de metade da herança. Herdeiros necessarios são os descendentes e, na falta delles, os ascendentes. A ordem da successão é a seguinte: I) descendentes, II) ascendentes, III) conjuge sobreviente, IV) collateraes, V) Estados, Districto Federal ou á União, de acôrdo com o art. 1.594. A capacidade para succeder é a do tempo em que falleceu a pes-

soa e regula-se pela lei então em vigor (art. 1.577). O lugar em que se abre a successão (inventario, partilha) é o do ultimo domicilio do fallecido (art. 1.578).

200. Administração da herança. — A administração da herança compete ao conjuge sobrevivente, se casado sob o regime da communhão de bens; mas, se o sobrevivente for a mulher, será preciso que estivesse vivendo com o marido, ao tempo da morte delle (art. 1.579 e § 1°). Se não houver conjuge sobrevivente, será nomeado administrador da herança — "inventariante", em lingua portuguesa — o coherdeiro que se achar na posse e administração dos bens. Entre herdeiros, a preferencia graduar-se-á pela idoneidade (§ 2°). Se tambem herdeiros não no puderem ser, nomear-se-á o testamenteiro (§ 3°). Destituido por motivo em que tenham coparticipado as outras pessoas que poderiam ser nomeadas, o juiz nomeará estranho (cp. art. 1.770 paragrapho unico).

No Capitulo I — Disposições geraes — o art. 1.576 poderá ser suprimido por dizer o mesmo que o art. 1.721 e só se justifica pela vantagem de serem postos, logo ao inicio do livro sobre *Direito das successões* — os principios juridicos fundamentaes: transmissão immediata da herança ao herdeiro, quer sejam legitimos ou testamentarios (arts. 1. 572, 1.573); transmissão aos legitimos, se houver bens não comprehendidos no testamento, ou se este caducar ou fôr nullo (arts. 1.574, 1.575); se ha herdeiros necessarios, a capacidade de testar é limitada á metade dos bens (art. 1.576); a capacidade para succeder é a da data da morte (art. 1.577) e o lugar da successão a do ultimo domicilio (art. 1.578).

Se bem que represente a herança o *inventariante*, os herdeiros têm posse e dominio, indivisamente, até a partilha (art. 1.580), e qualquer dos co-herdeiros pode reclamar a univer-

salidade da herança ao terceiro, que indevidamente a possua, não podendo este oppor-lhe, em excepção, o caracter parcial do seu direito nos bens da successão (paragrapho unico). E' esta phase de indivisão e de administração pelo inventariante a de que trata o Capitulo II, "Da transmissão da herança".

201. Aceitação da herança; hereditas iacens. — A aceitação da herança apenas confirma a transmissão; esta não depende daquella. Da aceitação e da renuncia cogita o Capitulo III; e da *hereditas iacens* o Capitulo IV. Mantém-se o nome romano traduzido em português "herança jacente", porém com outro conceito: no direito brasileiro, não se espera o herdeiro; existe, forçosamente, um. — descendente, ascendente, conjuge, parente collateral até o sexto grau, ou o Estado, o Dsitricto Federal ou a União. O que se dá é que a autoridade judiciaria — Juiz de Ausentes, funcção ordinariamente accumulada á de Juizo de Incapazes, chamado "de Orphãos e Ausentes" — arrecada os bens, os administra, com o auxilio do Curador Geral de Ausentes. Quasi todos os Estados ainda completam as regras do Codigo Civil com as do Decreto numero 2.433, de 15 de junho de 1859. No Districto Federal, além do Codigo Civil, da Lei de 1859, do Decreto n. 3.271, de 2 de maio de 1899, ha o Capitulo especial do Codigo do Processo Civil e Commercial. O Fisco não pode repudiar herança (B. G. B. § 1.942 2ª alinea).

No Capitulo V trata-se dos que não podem succeder.

TITULO II

DA SUCCESSÃO LEGITIMA

Em vinte e tres artigos, distribuidos em dois capitulos — "Da ordem da vocação hereditaria" e "Do direito de repre-

sentação", traça o Codigo o seu systema simples, claro e justo em quasi todos os pontos.

202. Successão legitima. — Certamente é criticavel a extensão do direito hereditario dos collateraes até o sexto grau; mas dir-se-á que criticavel será todo o direito hereditario em sua propria natureza. A fixação até o quarto grau poderia evitar os sensiveis inconvenientes que apontamos (1) noutro escripto. Por outro lado, a partilha dos bens perturba, profundamente, a vida agricola e industrial do pais: a adopção de systema menos interrompente das industrias poderia prestar relevantes serviços: os §§ 2.034, 2.085, 2.044, 2.049 do B. G. B. seriam uteis; mas melhor fôra procurar regras novas que attendessem directamente a certas realidades novas, proprias do Brasil.

TITULO III

SUCCESSÃO TESTAMENTARIA

203. Testamento. — Considera-se testamento, diz o art. 1.626, o acto revogavel pelo qual alguem, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimonio para depois da sua morte. O capitulo II trata da capacidade para fazer testamento; o III, das formas ordinarias do testamento: publico, cerrado, particular; o IV, dos codicillos; o V, dos testamentos especiaes: maritimo, militar; o VI, das disposições testamentarias em geral; o VII, dos legados; o VIII, dos effeitos do legado e seu pagamento; o IX, da caducidade dos legados; o X, do direito de accrescer entre herdeiros e legatarios; o XI, da capacidade para adquirir por testamento;

(1) *A' Margem da Historia da Republica*, pag. 198.

o XII, dos herdeiros necessarios; o XIII, da reducção das disposições testamentarias; o XIV, das substituições; o XV, da desherdação; o XVI, da revogação dos testamentos; e XVII, do testamenteiro. São dezesete capitulos, mas que contêm 114 artigos, mais de metade do livro sobre direito das successões.

O art. 1.746, differente do B. G. B. § 2.254 e do Code Civil, art. 1.035, merece ser analysado:

B. G. B. § 2.254: "*Der Widerruf erfolgt durch Testament*".

Portanto, é indifferente (gleichgültig) a forma; um testamento publico pode ser revogado por um particular; o ordinario pelo não-ordinario (ausserrordentliches. Testament), §§ 2.249, 2.250, 2.251.

O direito alemão tem o contracto de herança *Erbvertrag* (§§ 2.274, 2.302) ou pacto successorio, que o Brasil não tem (art. 1.089). Por isto, a despeito do § 2.254, tambem pelo contracto de herança se dá a revogação (§ 2.299).

A revogação, como no direito brasileiro e no francês, pode ser expressa ou tacita.

Codigo Civil, art. 1.746. "*O testamento pode ser revogado pelo mesmo modo e forma, por que pode ser feito*".

Está claro que a lei fala em "pelo mesmo modo e forma, por que pode ser feito", mas disto não se ha de tirar que se tenha de exigir que o publico só pelo publico se revogue o cerrado pelo cerrado, e assim por deante. O "pelo mesmo modo e forma por que pode ser feito" vale dizer "por um ou por outro modo e forma por que pode ser feito".

Mas aboliu a revogação por escriptura e assim differe do direito anterior e do Code Civil, art. 1.035. Em virtude do art. 1.089, não é possivel a revogação do § 2.299 do B. G. B.

Code Civil, art. 1.035. "*Les testaments ne pourront être révoqués, en tout ou en partie, que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaires, portant déclaration du changement de volonté*".

O B. G. B. § 2.299 admitte a revogação por *tament postérieur, ou* pelo contracto de herança (§ 2.299).

O Codigo Civil sómente por outro testamento.

O B. G. B. admitte o *Erbvertrag;* prohibem taes estipulações o Code Civil, art. 1.130 2ª alinea, e Codigo Civil, art. 1.089.

TITULO IV

204. Inventario e partilha. — Dois dispositivos, os arts. 1.770, 1.771, trataram do inventario e constituem o capitulo I; no II, cogita-se da partilha; no III, da negação de bens; no IV, das collações; no V, do pagamento das dividas; no VI,

da garantia dos quinhões hereditarios; e no VII, composto de um só artigo, a nullidade da partilha pelos vicios e defeitos que invalidam, em geral, os actos juridicos.

Feito este exame, em linhas geraes, vejamos os pontos em que o direito actual se afastou do anterior ou lhe trouxe novos elementos.

205. Innovações. — No direito das successões, são dispositivos novos os dos arts. 1.580 (Codigo Civil português, arts. 2.015, 2.016), 1.588 e 1.589 (ambos tirados do Codigo Civil francês, arts. 787, 786), 1.596, 1.597 (Codigo Civil italiano, art. 726), 1.598, 1.616, 1.635, 1.636 (Codigo Civil português, art. 1.917), 1.637 (Codigo Civil chileno, no art. 1.019), 1.641 (Codigo Civil francês, art. 978), 1.642 e 1.643 (Codigo Civil português, art. 1.924 e 1.926).

Resolveram-se as controversias da doutrina nos arts. 1.584, 1.587, 1.604, 1.622, 1.648.

No direito anterior, eram irretractaveis a renuncia e a aceitação (Ord., Liv IV, tit. 87, § 3; Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, art. 1.040, § 1°) e sómente pelo beneficio da restituição podia o menor repudiar a herança aceita; — no direito de hoje (art. 1.590), é retractavel, ouvidos os interessados, a renuncia, desde que proveniente de violencia, erro ou dolo, e a aceitação pode retractar-se, ainda que disto resulte prejuizo a credores, sendo permittido a estes reclamar a providencia do art. 1.586.

No direito anterior, o filho illegitimo reconhecido pelo pae, na constancia do casamento, não tinha direitos hereditarios; quanto a herança materna, eram mais amplos os seus direitos. O Codigo Civil, art. 1.605, differe, pois, do direito anterior (Decreto n. 463, de 2 de setembro de 1847; Carlos de Carvalho, *Nova Consolidação*, art. 1.733).

No art. 1.606, ha direito novo: no anterior, quando o pae ou a mãe contraía novas nupcias, e fallecia filho do outro leito, deixando irmãos germanos, — herdavam estes, e não o ascendente (Ord., Liv. IV, tit. 71 §§ 2 e 4).

Não havia o dispositivo do art. 1.609, nem o do art. 1.610, se bem que, para este, pudesse ser invocado o principio da reciprocidade dos direitos hereditarios, elemento logico na doutrina vigente.

Afasta-se, no art. 1.614, o subsidio romano, e opta-se pelo systema do Code Civil, art. 752, que é tambem o do Codigo Civil italiano, art. 741, 2ª parte, português, art. 2.001, espanhol, art. 949, e mexicano, art. 3.620.

Quasi todo o capitulo sobre direito de representação (arts. 1.620-1.624) constitue direito novo, tirado do Codigo Civil português, arts 1.980-1.984; pois, no direito anterior, a doutrina tinha de recorrer ao direito estrangeiro (Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil*, § 336). O art. 1.625, correspondente ao art. 744 do Codigo Civil francês, era a doutrina vigente, ensinada desde seculos (Diogo Guerreiro, *De munere iudicis orphanorum opus*, Coimbra, 1700, Tractatus II, Lib. IV, n. VI).

Na capacidade para testar, augmentou a idade, fê-la igual igual para os dois sexos (art. 1.627), e excluiu, dentre os incapazes, alguns que o eram na lei anterior.

Prohibiu-se o testamento nuncupativo (salvo o caso do art. 1.663) e o conjunctivo (simultaneo, reciproco ou correspectivo), arts. 1.630, 1.631. Testamento *nuncupativo* era o feito de viva voz, permittido aos doentes em perigo de vida. O *conjunctivo* podia ser *simultaneo, reciproco*, ou *correspectivo*, quando as disposições eram feitas em retribuição de outras correspondentes.

Já se não permitte o testamento por mão de outrem, a rogo do testador (Ord., Liv. IV, tit. 80, § 3°): todo escripto particular, inclusive o testamento, tem de ser assignado pelo declarante (art. 135) e, em se tratando de procuração ou testamento escripto e assignado (art. 1.289, 1.645; se, na procuração, ha mais de um outorgante, um delles escreverá, art. 1.289, § 2°).

Pode ser escripto em lingua estrangeira o testamento particular (art. 1.649).

Deu-se outra feição a figura do *codicillo* (art. 1.651) e aboliram-se a *clausula codicillar*, que era aquella em que o testador pedia, se não valesse o testamento como tal, se acceitasse como codicillo, e as *cartas de consciencia*, disposições de ultima vontade, transmittidas, em segredo, aos testamenteiros.

Do *Projecto* de Coelho Rodrigues, arts. 2.456 e 2.457, procedem os arts. 1.651-1.655, que alimentam a figura do codicillo, quasi apagada na legislação civil do mundo (Codigo Civil boliviano, arts. 659-661). Comparem-se com os velhos Codigos da Prussia, Parte I, tit. 12, art. 161, e da Sardenha, art. 775, sob o nome de *notas testamentarias*. E' instituto que agoniza; participa da mentalidade affectiva, confidencial, solarenga e austera, de outras épocas, em que não era de mistér tão grande vigilancia na veracidade das instrucções deixadas por morte. E' natural que primeiro desapparecessem as *cartas de consciencia*. Mas desappareceram ellas das relações moraes?

Precisaram-se as figuras do testamento maritimo e militar, com a lição de outros codigos.

Adoptou-se o principio geral do art. 1.664.

Do Codigo Civil português, art. 1.747, houve-se o art. 1.665, contrario á doutrina anterior (Gouvêa Pinto, *Tratado dos Testamentos*, cap. XIX; Trigo de Loureiro,

Direito Civil, § 371; Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil*, § 701).

Em vez do criterio romano para o qual a disposição testamentaria valia como *causa favorabilis* (L. 24 D. 34, 5), ainda vigente no § 2.084 do B. G. B., adopta-se o da vontade presumida do testador (art. 1.666).

Do Codigo Civil português, art. 1.809, e italiano, art. 835, procedem os dispositivos dos arts. 1.667 I e IV.

Ainda do italiano, arts. 834, 2ª alinea, e 835 *in fine*, vem o art. 1.668; dos arts. 832, 836, 839, 841-843 os dispositivos dos arts. 1.669, 1.670, 1.680, 1.682-1.684.

Do I Projecto alemão, § 1.791, provém o art. 1.675, e o Senado Federal formulou, com certa novidade, os arts. 1.676, 1.677 e 1.679.

O art. 1.659 é novo, e bem assim os arts. 1.687 (Codigo Civil italiano, art. 846), 1.689 (italiano, art. 847), 1.692 (português, art. 1.840), 1.694 (italiano, art. 866), 1.696 (italiano, art. 867, 2ª alinea), 1.697 (francês, art. 1.022), 1.698 (italiano, arts. 871, 872), 1.699 (italiano, art. 873), 1.700 (italiano, art 874), 1.701 (italiano, art. 875), 1.702 (italiano, art. 868), 1.703 (italiano, art. 869, 1ª parte), 1.704 (italiano, art. 869, 2ª parte), 1.706 (francês, art. 1.018, differente da Lei 57, D., 3, e L. 16, C., 6, 52), 1.707 (I Projecto de Codigo Civil alemão, § 1.888), 1.709 (italiano, art. 894; português, art. 1.812).

Quanto ao *direito de accrescer* (Anwachsungsrecht), a solução brasileira denota influencia do direito francês (art. 1.710 paragrapho unico) e são novos os dispositivos dos arts. 1.711-1.716, todos oriundos do Codigo Civil italiano (arts. 881 pr., 879, 883, 882 e 887, 886, 885) 1.719 II (espanhol, art. 754, 2ª e 3ª alineas), 1.719 IV (italiano, art. 771), 1.720 (fran-

cês, art. 911), 1.723 (sem correspondencia nos outros Codigos e mais ampla que o B. G. B. § 2.338 e o Codigo Civil suiço, art. 480), 1.725, 1.728 (italiano, art. 826), 1.731 (italiano, art. 897), 1.732 (italiano, art. 898, 2ª alinea), 1.735 (I Projecto alemão, § 1.832), 1.736 (I Projecto alemão, § 1.814), 1.737, 1.740 (Codigo Civil espanhol, art. 786), 1.742 (português, art. 1.880; no direito anterior, era possivel a desherdação por escriptura publica e por acção judicial).

No art. 1.746, declara-se que o testamento sómente por outro se revoga (II Projecto alemão, § 2.121 alinea 2).

Receberam-se dos Codigos Civis estrangeiros os arts. 1.768 (chileno, art. 1.300 *in fine*), 1.769 (argentino, art. 3.854), 1.798 (generalização do português e do francês) e 1.799 (italiano, art. 1.032).

Optou-se por uma das soluções da doutrina anterior nos arts. 1.767, 1.770, 1.780 e 1.781 (opinião de Gama e Valasco quanto á pena de sonegados nos inventarios de maiores, e extensão aos herdeiros não inventariantes).

São novos os dispositivos dos arts. 1.770 (prazo), 1.772, 1.782-1.784, 1.796 (o herdeiro não responde *ultra vires hereditatis*), e 1.805.

Não foi, como se vê deste e de outros titulos do Codigo, obra de cópia o Codigo Civil brasileiro; defeitos, certamente os têm e apontaremos os mais relevantes, porém não se podem negar certos traços caracteristicos, certas preferencias e tradições juridicas inconfundiveis.

DISPOSIÇÕES FINAES

206. Os arts. 1.806, 1.807 — O Codigo Civil entrou em vigor a 1 de janeiro de 1917 (art. 1.806) e no art. 1.807 declarou que ficavam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis,

Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes ás materias de direito civil reguladas nelle. Criticaram injustamente estes artigos. Mas nem elle é ocioso (Clovis Bevilaqua), nem absurdo, nem "deformidade" (*Revista da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro*, vol. XIII, pag. 109): coincide com o chileno, art. do fim, com o espanhol, art. 1.976, com o uruguayo, art. 2.390, com o suiço, art. 60 do titulo final. Ha regras que o Codigo não revogou.

No Decreto n. 572, de 12 de julho de 1890, ha normas em vigor: o art. 5: "Os decretos sobre interesse individual ou local, as instrucções e avisos para a boa execução das leis e quaesquer actos de privativa attribuição do Poder Executivo, são exequiveis desde que delles tenham conhecimento os interessados e as autoridades competentes, por meio do *Diario Official*, ou forma authentica". O art. 2 da Introducção ao Codigo Civil não o revogou. Tão pouco revogou o art. 3: "E' applicavel aos casos pendentes, desde que for conhecido, pelo *Diario Official* ou forma authentica, a lei meramente interpretativa e a que extingue ou reduz uma pena".

E continuam em vigor outras disposições. Assim:

As leis relativas ao registo civil, no que não foram alteradas pelo Codigo, contêm regras vigentes.

Os syndicatos agricolas e profissionaes personificam-se de acôrdo com as Leis n. 979 de 6 de janeiro de 1903, e n. 1.637, de 5 de janeiro de 1907, e as associações da Cruz Vermelha quando obedeceram ao Decreto n. 2.380, de 31 de dezembro de 1910. A responsabilidade civil das estradas de ferro rege-se pelo Decreto n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912. As cooperativas submettem-se ao Decreto n. 1.637, de 5 de janeiro de 1907. Ainda quando *civis*, as sociedades anonymas estão sujeitas a fallencia: quando, sem relevante razão de direito, não pagam, no vencimento, obrigação liquida e certa; nos casos in-

dicados nos ns. 1-6 do art. 2 da Lei n. 2.024; nos casos de perda de tres quartos, ou mais, do capital social (Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908, art. 3). A dissolução obedece ao Decreto n. 434, de julho de 1891, arts. 2, 148, 6°, 151. Se bem que o domicilio da União seja o Districto Federal (art. 35, I) podem os autores propor acção contra a União nos juizos seccionaes (Estados) quando aí fôr a séde da obrigação ou do delicto ou o domicilio eleito (Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894). Continúa em vigor o art. 20 do Decreto n. 3.084, de 5 de novembro de 1898.

O art. 38 do Codigo Civil fala em domicilio do militar em serviço activo; o reformado pode fixar o domicilio onde bem entender (Lei n. 2.290, de 13 de dezembro de 1910, art. 15).

A Lei n. 2.933, de 6 de janeiro de 1915, define a *mina* (cp. art. 61, II).

Os terrenos de marinha e os accrescidos são bens patrimoniaes da União (art. 66, III) e as definições não constam do Codigo: *terrenos de marinha* são os banhados pelas aguas do mar e dos rios navegaveis, em sua foz, até 33 metros para a parte das terras, contados do ponto a que chega o preamar medio; *accrescidos* aos terrenos de marinha são os que, natural ou artificialmente, se formam, da linha do preamar medio para a parte do mar ou das aguas dos rios (terrenos de alluvião onde existirem os de marinha); o preamar medio fixa-se tomando por base uma lunação (Instrucções de 14 de dezembro de 1832, art. 4, Decreto n. 105, de 22 de fevereiro de 1868, art. 1, §§ 1, 3, Aviso n. 373, de 12 de julho de 1833). São bens patrimoniaes dos Estados (art. 66, III) as *terras devolutas* situadas nos respectivos territorios (Constituição da Republica, art. 64), e são ellas as ainda não apropriadas e os terrenos de antigos aldeamentos de indios (Lei n. 601, de 18

de setembro de 1850, art. 3, Reg. n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854).

Não se definiram os *instrumentos publicos* (arts. 133, 134). São elles as escripturas lavradas por tabellião em seus livros de notas e os traslados respectivos, os actos judiciaes, as certidões do registo publico predial, dos instrumentos guardados no archivo publico, as notas de correctores, os documentos authenticos passados legalmente no estrangeiro e legalizados pelos consules brasileiros, etc.

O Decreto n. 773, de 20 de novembro de 1890, a que já nos referimos, e o Aviso do Ministerio da Justiça de 14 de janeiro de 1891, continuam em vigor, conforme argumentação nossa hoje plenamente aceita.

A mulher pode abrir cadernetas nas Caixas Economicas federaes e dellas retirar os depositos que fizer, salvo opposição do marido (Decreto n. 9.738, de 2 de abril de 1887, art. 5), — restricção, esta, lamentavel.

Salvo o art. 223, não ha no Codigo Civil referencia aos *alimenta ad litem.* Estarão revogados? Não; e esta opinião que sustentei em 1916 (*Direito de Familia,* § 173), invocando a velha praxe (Pereira e Sousa, *Primeiras linhas sobre Processo Civil,* vol. IV, nota 495), foi aceita, em 1917, por Clovis Bevilaqua (*Codigo Civil commentado,* vol. II, pag. 390, 391) e ainda inserimos algumas regras, de que trataremos adeante.

A "transcripção" no livro do registo do immovel, para o effeito da transferencia da propriedade, regula-se pelo Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, arts. 244-256. Os arts. 23 e seguintes do mesmo Decreto (relativos a livros do Registo) estão em vigor. O processo da acção executiva das hypothecas está regulado no Decreto n. 370, arts. 381-393.

Ha casos em que a propriedade das coisas moveis se transfere sem tradição, como se dá no regime da commissão universal de bens, ou em se tratando de apolices da divida publica (Decreto n. 6.711, de 7 de novembro de 1907, arts. 97-119) e das acções de sociedades anonymas e commanditas.

O penhor de apolices nominativas da divida publica é clausula que tem de ser averbada na respectiva repartição publica (Decreto n. 6.711, de 7 de novembro de 1907).

Decreto n. 169 A, de 19 de janeiro de 1890:

Art. 2, § 7°. Não só o fiador, senão tambem qualquer terceiro, pode hypothecar seus bens pela obrigação alheia.

Art. 4, § 4°. Os contractos celebrados em país estrangeiro não produzem hypothecas sobre os bens situados no Brasil, salvo direito estabelecido nos Tratados (internacionaes), ou se forem celebrados entre brasileiros ou em favor delles nos consulados, com as solennidades e condições que este Decreto prescreve.

Cp. Codigo Civil, art. 13, III, IV, da Introducção.

Art. 12. O cancellamento tem lugar por convenção das partes *e sentença dos juizes e dos tribunaes*. Cp. Codigo Civil, art. 851.

Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890:

Art. 99. O cancellamento effectuar-se-á mediante certidão escripta na columna das averbações do livro respectivo, datada e assignada pelo respectivo official de registo, que certificará o cancellamento, a razão delle e o titulo em virtude do qual o cancellamento se fizer.

Art. 100. O cancellamento refere-se ás inscripções, transcripções e averbações.

Art. 101. Pode ser requerido pelas pessoas que o registo prejudicar.

Art. 106. O cancellamento pode ser total ou parcial.

Nestes casos do Decreto n. 370, art. 101, a sentença passada em julgado é que constitue titulo sufficiente para o cancellamento (assim, Clovis Bevilaqua, *Codigo Civil commentado*, vol. III, pag. 438).

Art. 77. Os officiaes de registo são obrigados:

§ 1. A passar certidões requeridas.

§ 2. A mostrar ás partes, sem prejuizo da regularidade do serviço, os livros do registo, dando-lhe com urbanidade os esclarecimentos verbaes que ellas pedirem.

Art. 78. Qualquer pessoa é competente para requerer certidões do registo, sem importar ao official o interesse que ella possa ter.

Art. 79. Recusando ou demorando o official a certidão, pode a parte recorrer ao juiz de direito, que deverá providenciar sobre o caso com toda a presteza.

Art. 95. Os principaes deveres do official do registo são os seguintes:

§ 1. A nota da apresentação dos titulos, com determinação no seu numero de ordem, não só no Protocollo, como no titulo apresentado.

§ 2. Conferencia dos extractos entre si e com o titulo (art. 22).

§ 3. Registo do titulo, com todo os requisitos que este regulamento exige.

§ 4. Indicação dos immoveis e pessoas no indicador real e pessoal (arts. 30 e 31).

§ 5. As averbações e referencias que este regulamento prescreve.

§ 6. O preparo dos livros no tempo e sob a forma que este regulamento determina, para que possam substituir sem interrupção os livros findos (art. 17).

§ 7. A guarda dos livros do registo (art. 38).

Art. 96. Serão suspensos por um mês a um anno os officiaes do registo que infringirem os deveres enumerados no artigo antecedente.

Art. 97. As outras infracções do regulamento serão punidas com suspensão por um a tres meses.

Art. 98. Essas penas disciplinares não eximem os officiaes da responsabilidade criminal ou civil, em que incorrerem pelos seus actos, quando principalmente delles resulte falsidade ou nullidade, com prejuizo das pessoas interessadas no registo.

Art. 117. A especialização consiste:

§ 1. Na determinação do valor da responsabilidade.

§ 2. Na designação dos immoveis dos responsaveis, que ficam especialmente hypothecados (art. n. 3 do Dec.).

Art. 118. Consideram-se especializadas e apenas dependentes da inscripção para valer contra terceiros:

§ 1. A hypotheca do co-herdeiro (art. 200).

§ 2. A hypotheca judicial (art. 201).

Art. 173. O tabellião, em cujas notas se fizer a escriptura de dote, ou doação, a favor da mulher casada com a clausula de não communhão, e outrosim o escrivão da provedoria que registar testamento contendo legado ou herança a favor de mulher casada com a clausula de não communhão, devem notificar o marido para a inscripção da respectiva hypotheca legal da mulher.

A' margem da nota, ou do registo, o tabellião ou o escrivão certificará a notificação effectuada.

Paragrapho unico. Nenhuma escriptura ante-nupcial, de pacto dotal, ou exclusivo da communhão de todos ou alguns dos bens, será lavrada e assignada, sob pena de nullidade, sem que della constem os bens constitutivos do dote, os excluidos da communhão e o valor em que são estimados.

Art. 244. São competentes para requerer a transcripção as mesmas pessoas, que podem requerer a inscripção hypothecaria (art. 211).

Art. 253. São radicalmente nullas as transcripções, que não contiverem os requisitos dos arts. 245 e 246, com excepção dos §§ 1°, 2° e 4° dos mesmos artigos.

Art. 254. As sobreditas nullidades não podem ser relevadas, ainda que os extractos sejam sufficientes.

Art. 255. Feita a transcripção, se contiver nullidades, o official não pode repará-las, mas os terceiros têm direito de invocá-las a seu favor.

Art. 273. A avaliação nunca será inferior ao preço da alienação (art. 10 § 2 do Dec.).

Art. 278. As sociedades de credito real, ás quaes é concedida pelo Decreto n. 169 A, de 19 de janeiro de 1890, a emissão de letras hypothecarias, dependem da especial autorização do Governo, a cuja aprovação serão previamente sujeitos os respectivos estatutos (art. 13 § 1 do Dec.).

Nos arts. 1.040, I, IV, e 1.044, continuam de viver, nas entrelinhas, como diremos no capitulo sobre *Lacunas*, os arts. 23, 47, do Decreto n. 3.900, de 26 de junho de 1867.

Mas é preciso notar que a omissão do Codigo em regra revoga. Exemplo insigne é o da Ord., Liv. III, tit. 4, § 9, pr., e tit. 18 § 12, onde se dava á litistestação o effeito de *perpetuar* a acção. O art. 1.807 tem a consequencia de tornar tal facto meramente *interruptivo* (art. 172).

PARTE III

TECHNICA, ESTRUCTURA E CARACTERISTICAS DO CODIGO CIVIL

CAPITULO I

A FORMA LITERARIA E A TERMINOLOGIA

Até o meio do Seculo XIX, escreve-se mal no Brasil. Cuida-se pouco da fórma limpa, se bem que, na tribuna e nos escriptos, se busque a fórma bella. O maior poeta nacional do Brasil, Castro Alves, é de uma sonoridade nova, pujante, mas de uma incorrecção grammatical desleixada. Mais cuidadoso da pureza da lingua foi Gonçalves Dias. Taunay, cujo romance *Innocencia* está traduzido em muitas linguas, José de Alencar, cuja obra vastissima todos os annos tem novas edições de alguns volumes, Aluizio Azevedo e outros foram incorrectissimos. A reinvasão da construcção franceza em Portugal e no Brasil, a fraca leitura dos livros classicos, tudo concorreu para o desprezo do bom escrever vernaculo. Bem raro surgir um Machado de Assis, mas, então, já era symptoma deste movimento de recrystallização da lingua — de novi-classicismo — que se tornará, com o discutir do Codigo Civil, questão de honra nacional. No meio da discussão chegar-se-á a apurar a genuinidade mesma do idioma: "não me limitei a emendar", escrevia Ruy Barbosa, no *Parecer*, "expus quasi sempre os motivos da emenda. Daí o avultado numero das minhas notas.

Não é, porém, o meu trabalho sómente rectificação das falhas esparsas no contexto do projecto, senão tambem revisão geral de sua linguagem. A esta não importa unicamente a exacção da syntaxe. Um livro póde ser grammaticalmente irreprehensivel, e não ter o cunho idiomatico da lingua em que se escreve".

207. **Cuidado da linguagem.** — Commissão de technicos do direito, a de 1900, de que saiu o Projecto revisto, não se demora em emendas de linguagem; porém as da Commissão da Camara sobem a muitas centenas e o presidente da Commissão procura o grammatico prof. Carneiro Ribeiro, que fôra professor de linguas delle e do senador Ruy Barbosa, para "corrigir as faltas que poderia haver relativamente á linguagem". Novas correcções foram feitas. Indo ao Senado o Projecto, Ruy Barbosa não se limitou a emendas de palavras, de elegancia da phrase, — desceu a profundas differenças entre a construcção francesa e a da lingua nacional: as notas de minuciosa erudição com que enriqueceu o *Parecer* e a *Replica* são, em Portugal e no Brasil, o mais precioso estudo do Seculo XX sobre a lingua portuguesa. Tambem valiosa foi a contribuição de Carneiro Ribeiro.

Não se póde dizer que seja o Codigo Civil obra literariamente perfeita: poderia mesmo, com pouco esforço, ser melhor, porém são innegaveis a pureza de estylo, a simplicidade, a limpeza de influencia francesa na phrase e nas palavras. Poucos artistas da palavra, em Portugal e no Brasil, poderiam comparar qualquer das suas obras ao Codigo. Cataram-se gallicismos, inverteram-se proposições, reformularam-se artigos, e, a despeito da intervenção de tantos, o Codigo apresenta, no feitio literario, o mesmo caracter. Parece, a quem o lê, escripto por um só.

Mas, se tal saiu na fórma, não se póde o mesmo dizer do fundo.

Comquanto seja a mais bem escripta das leis brasileiras não é sem erros de fórma, sem impropriedades technicas, sem cacographias, como *defeza*, *despeza*, e cacophonias como "aos dos do marido" (art. 277). Nos arts. 554, 555, 557, 559, escreve-se *visinho*, em vez de *vizinho*, e *visinhança*, em vez de *vizinhança*. Outros senões desta especie encontramos nelle, mas são raros os escriptores de Portugal e do Brasil que têm a linguagem pura, limpida, do Codigo Civil. Possue, pois, valor literario, e a discussão, que em torno se levantou, caracterizada pela eloquencia e a documentação grammatical de Ruy Barbosa, pelas respostas memoraveis que lhe deu outro profundo conhecedor do bom falar das épocas classicas, porém menos archaizante do que elle, o prof. Carneiro Ribeiro, da Bahia, constitue o momento mais interessante da historia da lingua nos ultimos seculos. Outros grammaticos, outros escriptores intervieram, e o bom escrever, pode-se dizer, ganhou, nas proprias classes populares, mais zelos e mais amor. Na historia da lingua portuguesa e da literatura brasileira, não será possivel apagar os monumentos de erudição, de esforço pelo bom gosto da expressão, de critica solida de termos, de syntaxe e de estylo, que nos ficaram das *Observações* e da *Resposta* de Carneiro Ribeiro, do *Parecer* e da *Replica* de Ruy Barbosa, dos trabalhos esparsos de outros. As questões de forma apaixonaram toda a classe média e superior; e havia interesse, pendores, votos pela victoria de um problema ou pela maior vantagem de um contendor.

208. Terminologia juridica. — Mas um Codigo, para ser bem feito e bem escripto, não precisa sómente ser obra de valor literario. A terminologia juridica deve ser exacta,

simples mas precisa, harmoniosa e condizente com o pensamento geral do Codigo. Tambem neste ponto, não é possivel censura á lei; nenhum Codigo novi-latino póde competir com elle. Certamente, alguma coisa existe, aqui e alli, de menos nitido, menos subtil do que devera, mas corre, em grande parte, por conta da nossa condição commum de linguas novi-latinas. medrosas do neologismo scientifico, e de uma sciencia juridica que vê mais *instituições* do que *relações juridicas*.

Uma das grandes difficuldades da evolução da sciencia juridica nos paises de lingua e cultura latina — diremos, melhor, de lingua não alemã — é a difficuldade de criar termos novos para factos novos ou para relações recemdescobertas em factos velhos. Paises de mais accentuado pendor literario do que scientifico, que mais querem sentir que conhecer, repugna-lhes refazer, para cada sciencia, a lingua materna, e criar, com rigor e abnegação, a terminologia propria. Não é só no Direito que se observa isto; nota-se na Mathematica, na Physica, na Chimica, na Biologia. A theoria da *Stellvertretung*, a noção de *Vollmacht*, palavra intraduzida, são exemplos disto. O resultado é que, pela falta de palavra, a noção deixa de penetrar. Outros exemplos: "Schuldübernahme", "empfangsbedürftig", e outras, facilmente traduziveis.

Não se procedeu a prévia uniformização da terminologia; o que se fez (e muito se conseguiu) foi nos Projectos, durante os trabalhos legislativos. Não possue o Codigo nenhuma regra, ou enumeração, como o Digesto (50, 16), ou como os Codigos do Chile, titulo preliminar § 5, e da Luisiana, artigo 3.522. Era o que, quando propôs novo systema de Codificação (Projecto de Codigo Geral), aconselhava Teixeira de Freitas (Carta de 20 de setembro de 1867), depois de alludir á falta de intelligencia exacta das palavras: "A differença, que vae de uma nomenclatura legislativa á dos diccionarios juridi-

cos em uso é a mesma que distingue uma lei e uma opinião, ou a certeza e a duvida. Do que se carece é de força obrigatoria para a significação das palavras do legislador, sobretudo das palavras technicas. Sem tal providencia não haverá lei boa, e reinará permanente incerteza na administração da justiça. O projectado Codigo Geral conterá todas as definições necessarias, assim as das materias superiores como as das disposições de cada um dos Codigos particulares, de modo que nestes ultimos nada se defina".

Talvez melhor fosse definir o menos possivel e uniformizar, no mais que se pudesse, a terminologia. Da falta disto resultou a difficuldade de se definir a *subasta publica* do Codigo Civil argentino, art. 1.184, e a *hasta publica* do brasileiro, art. 429 (1). Na Argentina, entende-se bem: *hasta publica*, a venda judicial com a presença do escrivão e, pois, em Juizo (2); no Brasil, mal.

O Codigo Civil brasileiro tem, indiscutivelmente, muita solução propria, elaborada pela doutrina anterior e pelos Projectos. Antes delle, tres experiencias abstractas foram feitas: o *Esboço* de Teixeira de Freitas, e os Projectos de Felicio dos Santos e Coelho Rodrigues. E Freitas, antes de elaborar o seu trabalho, havia consolidado as leis do Brasil, acompanhado de notas praticas os artigos, e de discussão intelligente e muito rigor de terminologia, sem escusados alardes de erudição livresca. Não aconteceu isto ao Codigo Civil argentino, — "nuestro codificador", disse J. M. Gonzalez Sabathié, "no ha llenado el vacio como lo hicieron Acevedo y Freitas"; mas

(1) Hasta publica: arts. 429, 531, III, 1.109, 1.777.
Praça: arts. 427, V e VI, 677, 689.
Venda judicial: art. 826.

(2) BALDOMERO LLERENA, *Derecho Civil, Concordancias y Comentarios del Codigo Civil Argentino*, Buenos Aires, 1877, vol. II, pag. 211.

isto não quer dizer que não tenha Vélez aproveitado o elemento argentino, porprio, de direito anterior ao Codigo, como lhe censurou o grande argentino Alberdi (1). Espirito seleccionador, dotou a Argentina de um dos melhores, senão do melhor Codigo de então, e foram outros, principalmente a jurisprudencia, que exageraram as fontes não americanas do Codigo de Vélez (2). Este vicio de afrancesamento das leis ibero-americanas, que deturpou muita tradição argentina e em geral hispano-americana, tambem no Brasil se fez sentir, menos, e certo, pela reacção de Teixeira de Freitas, a cuja lealdade ás fontes se juntava grande força de pensar por si. Copioso conhecimento dos tratadistas do Seculo XVI ao XVIII impedia, aqui e alli, a invasão de doutrinas firmadas em costumes franceses ou no Code Civil.

209. Valor como instrumento de adaptação. — Depois do valor literario e do valor de terminologia juridica, todo Codigo tem de ser julgado *pelo que veio augmentar ou accelerar na adaptação dos homens entre si ou na corrigenda dos seus defeitos de adaptação*. Serem mais ricas de efficacia adaptativa sem deixarem de ser do seu tempo, opportunas, — tal o que se ha de exigir a todas as leis Ora, se bem examinarmos o Codigo, veremos que resulta de elaboração de mais de meio seculo, porque a *Consolidação* de Teixeira de Freitas appareceu em 1858 e della se serviram todos os Projectos: era o direito vigente, esparso, antinomico, com raizes nos Seculos XVI, XVII e seguintes, que, pela primeira vez, — sem que nenhum

---

(1) *El projecto de Código Civil para la Republica Argentina y las conquistas sociales del Brasil*, Paris, 1868, vol. VII das *Obras Completas*.

(2) GERONIMO CORTES *Vistas Fiscales*, Buenos Aires, 1887, tomo I, pag. 7: "...la manía que existe en este Foro, de referirlo todo a la jurisprudencia francesa". MARTINEZ PAZ, *Dalmacio Vélez Sarsfield y el Codigo Civil argentino*, Córdoba, 1916, pag. 188.

novo influxo do direito português se observasse desde 1822, — se crystallizava no Brasil. Nas annotações que a acompanhavam, nas objecções ao autor e nas respostas deste, já se notava a antinomia do pensamento juridico brasileiro. Interpretavamos, por conta propria, textos legislativos, que se entroncavam, ás vezes, no Seculo XV. Depois, com o *Esboço* de Teixeira de Freitas e com os outros Projectos, iam sendo julgadas as regras que se applicavam ao país. Conservou-se muito; mas em muito se alterou o que existia. Alterações, ás vezes, de pequenas asperezas ou defeitos, que se reconheciam, das leis vigentes. Outras vezes, recepção das novas leis européas: *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*, Lei suiça de 1881, Projectos do B. G. B. Algumas, e não raras, criações do proprio Codigo ou, em maior numero, do *Esboço* de Teixeira de Freitas e do Projecto de Coelho Rodrigues.

210. O Codigo Civil e as leis de evolução social. — As leis de evolução e a verificação da opportunidade, e sómente ellas, podem permittir o julgamento de uma lei; o critico de uma legislação é inseparavel do sociologo. Assim se orientará a nossa critica, mas será util apresentar, préviamente, alguns exemplos.

1) VANTAGENS DO CODIGO EM RELAÇÃO AO DIREITO ANTERIOR.

Os nossos tempos caracterizam-se pela symetrização da mulher ao homem.

O Codigo Civil é mais evolvido que o Codigo Penal. Neste, o adulterio da mulher não era conceituado de mesmo modo que o do homem. Para o homem, só seria adulterio o ter concubina teúda e manteúda. Diz o art. 279: "A mulher casada que commetter adulterio será punida com a pena de prisão cellular por um a tres annos"; § 1º: "Em igual pena incorrerá:

1°) O marido que tiver concubina teúda e manteúda; 2°) A concubina; 3°) O co-réo adultero".

Denuncia reminiscencia de tempos em que o homem detinha, exclusivamente, os meios de subsistencia, e em que era fraca a riqueza moral. Nas fórmas matriarcaes, é raro o adulterio (excepto, por particulares condições, os Iroqueses), pouco punido e resolvido pelo divorcio. Aggrava-se a punibilidade, — e nem por isto deixa de augmentar a frequencia, — á medida que se accentúa o regime patriarcal.

Não ha no Codigo a pena de restituir o *duplo* das arrhas, se quem as recebeu der causa á impossibilidade da prestação ou rescisão do contracto. Ainda o Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 1.236 2ª alinea, mantinha esta pena, que o revisto extinguiu, art. 1.247. Resta o disposto no art. 1.095 2ª parte, que só se refere ao *Reugeld,* signal com direito á arrependimento, *arrha poenitentialis*, Wandelpön. No B. G. B. §§ 336, 359, não se cogita da restituição do duplo.

Sente-se, por vezes, diminuir a violencia, a reacção superflua ou exagerada. No direito commum alemão e no brasileiro, as arrhas tinham de ser restituidas em dobro, se o que as recebeu der causa á impossibilidade da prestação ou a se rescindir o contracto. Tanto o B. G. B. quanto o Codigo extinguiram isto: na Alemanha, no Brasil, dar-se-á a restituição, com a applicação, contra elle, dos preceitos geraes sobre perdas e damnos, notadamente o § 280 e arts. 1.056, 1.096.

O depositario infiel estava sujeito a prisão, *até restituir o deposito* (Ord. Liv. IV, tit. 76, § 5°). Assim no Codigo Commercial, art. 284. O Codigo Civil limitou a um anno a prisão (art. 1.287).

Os arts. 1.222, 1.230, 1.235, frutos da experiencia, são novidades criadas pelo Codigo Civil. Já a Lei penal n. 1.162, de 12 de novembro de 1890, art. 1°, considerara crime o alli-

ciamento de empregados de outrem. Tambem uteis, criadas pelo novo direito, são os arts. 1.234, 1.236.

Do Projecto de Felicio dos Santos, de onde provém as medidas dos arts. 1.223, 1.228, deriva o art. 1.234, que contém medida nova e salutar.

2) DEFEITOS DO CODIGO CIVIL.

Comparem-se, por exemplo, o Codigo Civil, art. 1.092 paragrapho unico, e o B. G. B. § 326. Notar-se-á que este revela maior adaptação, menor violencia, menos resistencia em favor do credor. A leitura de um e de outro o revela. Comparem-se os dispositivos da Constituição alemã sobre menores e mulheres e os dispositivos do B. G. B.: alguma coisa se venceu, se contou, se juntou ao que havia, antes, de adaptação dos homens entre si. Ha differença entre o art. 1.105, que só attende á acção do comprador, que tem a escolha, e o § 465 que reconhece, donde sérias consequencias, o interesse do vendedor na escolha entre a acção de redhibição e a de abatimento no preço.

Se compararmos os prazos do art. 1.221 paragrapho unico, com os do B. G. B. § 621, veremos que os deste são mais justos. Bastam no Codigo oito dias para o aviso nos casos de contractos com salario fixado para um mês ou mais — quer dizer para annos, e para os de salario de semana, quatro dias.

No art. 1.196, por exemplo, dá-se ao locador a faculdade de intimar o locatorio para que lhe restitua a coisa, ou, se não lha restituir, lhe pague o aluguer *que o proprio locador arbitrar*. Se houvesse limite a este aluguer, seria admissivel e, quiçá, recommendavel a medida. Tal como se acha na lei, o arbitrio é completo, e a interpretação literal dominante (Clovis Bevilaqua, por exemplo) entrega ao locador um poder desmedido e desarrazoado. Arbitrará, por exemplo, cem con-

tos por mês (e já o vimos maior), o que constitue o absurdo, o defeito de adaptação á vida social, criado pela propria lei. Foi dispositivo do Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 1.339, tirado do Codigo Commercial, art. 230.

No art. 1.193, permitte-se desde logo a acção de rescisão do contracto, por empregar o locatario, em uso diverso do ajustado, a coisa alugada. No direito alemão, antes de se pleitear a acção para cessar o uso contrario ás clausulas contractuaes, *Klage auf Unterlassung*, é de mistér a advertencia do locador.

Sociedade patriarcal e capitalista, por vezes se opera aquelle phenomeno, que estudamos noutros logares (1), de elaborar o subconsciente os meios para realizar fins subconscientes, ainda que os intuitos conscientes pareçam ou sejam outros. No Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 1.369, adoptou-se o disposto na Lei suiça de 1881, art. 341, (de 1911, art. 335) e no B. G. B. § 616 (II Projecto, § 557). O revisto, artigo 1.391, chegou á solução menos protectora do trabalhador e o projecto da Camara dos Deputados, art. 1.225, foi á solução unilateralmente favoravel ao patrão, que é o art. 1.223. A interpretação scientifica deve corrigir este defeito de adaptação da mentalidade retrograda aos tempos de hoje; basta, para isto, o argumento *a contrario sensu*: contar-se-á no contracto, com direito ao salario, o tempo em que, sem culpa sua, o locador de serviços deixou de servir.

A parcialidade do Codigo a favor dos patrões vae ao ponto de derogar principios geraes do direito das obrigações e impôr solução mais despotica, menos equitativa, menos justa (digamos até injusta) do que a das velhas Ordenações, Liv.

(1) *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, vol. I, pag. 471; *Subjektivismus und Voluntarismus im Recht*, no *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 16, pag. 535.

IV, tit. 34: o locatario, que, sem justa causa, despedir o locador, sómente será obrigado a pagar-lhe metade da retribuição que lhe tocaria até o termo legal do contracto (artigo 1.228). No entanto, na mesma situação, o empregado pagará indemnização (art. 1.225 paragrapho unico).

211. Estabilidade e evolução. — Comparados entre si differentes systemas sociaes (clans, tribus, cidades, Estados), verifica-se que aquelles em que a religião prepondera é o mais estavel. Se o predominio é da moral, diminue a estabilidade. E assim, progressivamente, se encadearmos, como conjuncto — continuo e bem ordenado — os sete processos adaptativos: religião, moral, esthetica, conhecimento, direito, politica, economia. Occupa o direito o quinto lugar, de modo que a intervenção de considerações ou convicções religiosas nas codificações tem o effeito evidente de fazer recuar ou, pelo menos, fixar no momento A, em que se escreve a lei, o pensamento legislativo. Mas raramente se limita a conservar; procura puxar para o passado.

Verificamos isto no Codigo Civil brasileiro? O primeiro exemplo, que nos lembra, é o do divorcio a *vinculo*. A despeito das discussões favoraveis, nada logrou. Não o quis o *Esboço* de Teixeira de Freitas (art. 1.379), nem os Projectos de Coelho Rodrigues (art. 2.111) e de Bevilaqua (artigos 385, 386), nem, tão pouco, o *revisto* (art. 394). Não podia occorrer differentemente: onde deixava o divorcio *a vinculo* de ser impedido, profligado, pelo catholicismo, obstava-o o positivismo comtiano, cuja influencia, no fim do Imperio e começo da Republica, foi profunda nas classes dirigentes e nos factores do movimento republicano. De qualquer modo, era intervenção religiosa na elaboração da lei. Se aquel-

les, em cujo espirito predominavam as concepções materialistas, oriundas do Recife, em cuja Faculdade de Direito Haeckel e os biologos alemães constituiam o fundo commum da philosophia vigente, ousaram, no Congresso, defender o divorcio, combateram-no, renhidamente, os catholicos e os positivistas comtianos, entre estes, se bem que attenuado no seu comtianismo, Clovis Bevilaqua, que ainda reputa "assustadora" a tendencia dos paises para o divorcio.

No art. 694 primeira parte, estabelece o Codigo Civil: "A sub-emphyteuse está sujèita ás mesmas disposições que a emphyteuse". Ora, no direito anterior, de que vem o instituto, regiam-no os seguintes preceitos: *a*) se o emphyteuta se reserva o direito de haver do subemphyteuta o *fôro* ou pensão subemphyteutica, dá-se, realmente, subemphyteuse, mas, sem este direito, a figura juridica será a da *alienação,* e não a de subemphyteuse; *b*) o dominio util transferia-se, inteiro, ao subemphyteuta (Pegas, Pinheiro), porque, se o adquire o subemphyteuta, não se póde admittir que o retenha o emphyteuta, sendo absurdo, como é, que duas pessôas tenham *in solidum* o dominio, pleno ou util, sobre a mesma coisa (Lafayette Pereira) ; *c*) em virtude de tal transferencia, tinha o senhorio o direito á opção e ao laudemio, quer quanto ao acto constituitivo, quer quanto ao translativo da subemphyteuse. Havia, é certo, regras menos defensaveis, como a de cair em commisso o subemphyteuta se não pagasse o *fôro* ao emphyteuta, com a consequencia absurda de voltar o dominio util, não ao emphyteuta, mas ao senhorio, salvo se reservados ao emphyteuta, no acto constituitivo da emphyteuse ou da subemphyteuse, pelo senhorio, os *direitos dominicaes* (opção, laudemio, commisso e devolução, etc.), segundo queriam Gama, Pinheiro e Caldas.

A construcção que resulta da nova lei, cujo art. 694 não provém do projecto Bevilaqua, que expressamente prohibia a subemphyteuse (art. 797), aberra da evolução e da tradição do direito brasileiro.

Da tradição, porque cria dois gráus de dominio util (o do emphyteuta, o do subemphyteuta), como que a *refeudalizar,* no Seculo XX, a propriedade, e contra as lições da grande maioria dos praxistas dos Seculos XVI e XVII, de Mello Freire e de Lafayette Pereira.

Da evolução, porque, em vez de precisar as linhas constructivas do instituto, e tornar mais livre o direito de propriedade, faz nascer no subemphyteuta novo *direito real,* que coexiste com o dominio util do emphyteuta e o direito do senhorio. A emphyteuse da construcção legal corresponde ao *subfeudo.* Por isto, a nota de Clovis Bevilaqua — "tal era o direito costumeiro quanto á emphyteuse" — e a sua construcção profundamente se contradizem. Provém de Lacerda de Almeida (*Direito das Coisas,* § 94), cuja doutrina refeudalizadora obedece ao pendor geral do seu espirito e da sua extremada philosophia catholica. E certo é que a subemphyteuse vem do Projecto revisto, art. 825, precisamente de emenda da Commissão revisora, de que era membro Lacerda de Almeida e por elle suggerida. Vingou, pois, a doutrina que o proprio Seculo XVI não quisera senão *fictivamente* — a de outro dominio util formar-se no subemphyteuta (A. Valasco), e contra a qual estavam Caldas, Pinheiro e todos os outros juristas dos Seculos XVI e XVII.

A intervenção das convicções religiosas — sendo a religião o processo adaptativo dotado de maior effeito de estabilização — tem, no direito, estas consequencias de recúo no tempo: um simples dispositivo legal, que devera obedecer a sug-

gestões juridicas ou politicas, e não a suggestões religiosas, puxa o direito civil para aquem do Seculo XVI.

A idade nupcial é differente para o homem e para a mulher (18 annos o homem, 16 a mulher), art. 183 XII, o que constitue symetria intraindividual e dissymetria interindividual, devido á nubilidade feminina. Mas apagou o Codigo a dissymetria interindividual quanto á incapacidade absoluta e relativa (arts. 5 e 6, 16 annos para ambos os sexos), e quanto á capacidade de testar (art. 1.627 I). Quanto ao valor da prova testamental (art. 142 III), já se havia dissipado a desigualdade, desde o direito luso-brasileiro, e nunca, no Brasil, se conheceu a differença, salvo nos testamentos ordinarios (Carlos de Carvalho, *Nova Consolidação*, art. 1.770), o que o Codigo Civil, art. 1.650, não tolerou.

Restam dissymetrias já absurdas: o pae viuvo, que se casa, não perde o usufructo dos bens do filho do leito anterior, mas perde-o a mãe viuva que contráe nupcias (art. 393, 389), desigualdade esta que destôa do criterio igualizador do artigo 225.

Ainda onde o vedavam principios constitucionaes da Republica, apresentou o Codigo, sob a influencia da Commissão revisora, profundamente catholica, signaes evidentes deste impulso para trás, deste recuar no tempo, a que obrigava a massa social o exagerado coefficiente de estabilidade, provindo da religião. No art. 827 IV, a primeira edição official do Codigo falava em "pessôas juridicas que não tinham a administração de seus bens", indiscutivel reminiscencia do direito anterior relativo aos mosteiros, igrejas, corporações de "mão morta", incompativeis com o direito constitucional iniciado com a Republica. Denunciado o erro, a Lei n. 3.017, de 1 de janeiro de 1916, emendou o art. 827 IV.

212. **Processos technicos do Codigo Civil.** — Caracterizam o Codigo Civil, em relação ao direito anterior, as seguintes tendencias principaes:

1). *Generalizar as medidas ou regras adoptadas,* de que temos exemplo nos arts. 19, 119 e 173, no art. 235 II e IV, que só se referia ao homem casado com o regime da communhão de bens (Ord. Liv. IV, tits. 60 e 64). A todos os casos de denegação de consentimento, sem traduzir motivo justo ou quando houver impossibilidade de dá-lo, extendeu-se o suprimento judicial da outorga uxoria, que as *Ordenações* só consignavam em caso de litigios sobre immoveis. Todos os tutores, e não só os dativos, são obrigados a servir (art. 444). As regras dos arts. 537 III e 544 applicam-se, indifferentemente, aos rios publicos e aos particulares, ao passo que, no direito anterior, não era pacifica a doutrina quanto ás ilhas nascidas em rios publicos (art. 537 III), e a regra romana, que transparece no art. 544, só se referia aos rios publicos. Tanto o proposito, — subconsciente, de certo, — é generalizar, que o legislador não attendeu á duplicidade de figuras juridicas: accessão, no caso de alveo deixado pelo rio publico; e simples continuidade de direito através de mudança de fórma do objecto de direito (*Rechtsobjekt*), quanto aos rios particulares. Aliás, justificavel se evidencia o art. 544, pelo haver querido, num e noutro caso, declarar que os donos dos terrenos, por onde abrem novo curso as aguas do rio (publico ou particular), não têm direito á indemnização pelo prejuizo que lhes causa este accidente natural, e, — ou sejam particulares ou publicos os rios, isto é, ou continuem particulares os alveos descobertos, ou deixem de ser publicos por se haver deslocado o rio publico, — até o *meio* dos alveos se entendem ir os predios marginaes. No caso do rio particular,

em virtude do proprio direito enunciado (rio *particular*), e no segundo, pela accessão (art. 544).

Por vezes progressivamente se ascende á generalidade, como aconteceu, por exemplo, com o art. 554, menos geral no projecto alemão § 850, e no proprio B. G. B. § 906, e cada vez mais extensivo, menos concreto, no *Esboço* de Teixeira de Freitas, nos projectos de Coelho Rodrigues, arts. 1.477-1.481, de Clovis Bevilaqua, arts. 640-643, e no revisto, art. 648, de onde vem, mas, na Camara dos Deputados, em 1902, passará pela ultima demão, que ainda mais geral o tornará. Observa-se a mesma generalidade no art. 648 do Codigo Civil suiço, porém, neste, ha o preceito geral e a enumeração a titulo de exemplo, que o Codigo Civil brasileiro dispensou.

Na comparação com os dispositivos dos outros Codigos (alemão §§ 907 e 908, espanhol, art. 389), o art. 555 excelle em generalidade.

Nos mesmos dispositivos, sem distincção, tratou-se da confusão, da commistão e da adjuncção, que não soía tratar-se com as duas outras (arts. 615, 616).

O art. 720 generaliza ás apolices da divida publica e aos titulos semelhantes o que só áquellas se referia (Decreto numero 9.370, de 14 de fevereiro de 1885, art. 71). O que se dispunha sobre o thesouro achado por outrem no predio usufruido foi extendido, pelo art. 727, ao preço pago pelo vizinho do predio para obter meação de obra divisoria.

O art. 757 admitte a garantia real, qualquer que seja, casos só previstos, no direito anterior, para a hypotheca.

A exigencia de inscripção ou registo, sem attender a differenças de valor da divida a que se dá garantia real (artigos 771, 786, 796, 797), obedece ao mesmo instincto de generalização e uniformidade. No direito anterior (Decreto n. 370, de 1890, art. 392), era permittida a venda em praça dos bens

hypothecados, pelo preço fixado nos contractos das sociedades de credito real, dispensada a avaliação. No Codigo Civil, artigo 818, generaliza-se a regra, e na segunda parte, com o intuito de uniformizar o direito que regula as hastas publicas, só se admitte a remissão depois de effectuada a primeira praça.

O prazo para a terminação dos inventarios em que havia herdeiros orphãos era de dois meses; elevou-se a tres, mas generalizou-se a todos os inventarios judiciaes a regra do artigo 1.770. No art. 1.780 observa-se semelhante pendor: a acção de sonegados sómente cabia havendo menores e contra o inventariante (Ord. Liv. I, tit. 88, § 9), extendeu-se a todos os inventarios e contra qualquer herdeiro (art. 1.780). Aliás, estas generalizações têm germes em opiniões de escriptores do Seculo XVI, em Gama e Valasco.

A's vezes a generalização já se operara e o Codigo apenas a crystalliza. Sirva de exemplo o art. 82, em que o dispositivo legal foi buscar o que Carlos de Carvalho (*Nova Consolidação* art. 223) architectara com os arts. 129 e 191 do Codigo Commercial e arts. 682 e 684 do Reg. n. 737, de 1850.

No art. 1.001, o Codigo generaliza (má fé) o que o Code Civil, art. 1.276, particularizava (à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, *ou que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture au moment de la délégation*).

Os arts. 1.118-1.121 são generalizações — a todos os contractos aleatorios — de regras, que o *Esboço*, arts. 2.109-2.112, consagrava á venda de esperança ou de coisa futura, *Hoffnungskauf* dos alemães. Não procedeu do mesmo modo o Codigo argentino, que manteve os dizeres do projecto de Teixeira de Freitas.

A Ord. do Liv. IV, tit. 66, só se referia á doação do marido á concubina ou barregã. O Codigo Civil, art. 1.177,

refere-se a conjuges, de modo que se opera mais esta generalização ou symetrização dos sexos perante o direito. Mas foi incompleta a providencia: no art. 248 deu-se á mulher a reivindicação dos bens communs moveis ou immoveis doados, ou transferidos á concubina, sem que isto se dissesse quanto á acção do marido se alienados pela mulher, o que poderá acontecer em muitos casos, dos quaes é principal o do art. 251 paragrapho unico I, IV.

No *Esboço* de Teixeira de Freitas, arts. 1.212, 1.211, e no Codigo Civil argentino, arts. 854, 855, ha dois dispositivos para os casos de evicção, quando, na transacção, a coisa se transfira ao que se julgava com direito ou como propria do transferente. O legislador brasileiro toma o art. 1.211 do *Esboço* e generaliza-o a todos os casos.

2). *Estabelecer maior symetria em prazos, dispositivos, etc.* Manteve, por exemplo, o privilegio da União quanto á prescripção quinquennaria das dividas passivas, e equiparou a ella os Estados e os Municipios (art. 178 § 10 n. VI). Symetrizou, até certo ponto, ao marido a mulher casada. No artigo 380, deu ao marido, como chefe da familia, o exercicio do patrio poder, e, na falta ou impedimento delle, á mulher: no que differe do alemão (§§ 1.684 e 1.685), do mexicano (arts. 366 e 367), que chama ao exercicio não só o pae e a mãe, como, preferentemente, o avô paterno, o materno, a avó paterna e a materna, do japonês (art. 877), que adopta outro criterio, e dos demais que, em geral, collocam a mulher em plano inferior. No direito brasileiro, ainda ha a desigualdade do art. 393. Pae e mãe binubos deviam perder definitivamente, como se verifica no Codigo Civil italiano, art. 232, *in fine*, o usufructo dos bens dos filhos; e parte do patrio poder, durante a vigencia do outro casamento. Assim se evitaria: que os rendimentos fossem utilizados pelos outros filhos, em de-

trimento dos donos dos bens; que, sob outra sociedade conjugal, prevalecessem influencias estranhas aos filhos do lar anterior. No Brasil, pelo menos, é isto o mais aconselhavel: e as leis devem ser inspiradas nos factos, e não em principios abstractos.

No direito anterior, não podia a mulher ser tutora, salvo a mãe ou a avó: permitte-lhe, em geral, o Codigo Civil (artigo 413), sendo, porém, de mistér, quando casada, a autorização do marido para a aceitar (art. 242, n. V).

Tem accentuada predilecção pela divisão proporcional, e nesta preferencia vae ao ponto de commetter erros, como o do art. 570.

Foi a preoccupação de uniformidade que levou o Codigo Civil a só permittir a remissão do bem hypothecado depois de realizada a primeira praça (art. 818 2ª parte).

No art. 846, consagra-se a uniformidade da inscripção das hypothecas voluntarias e legaes, conforme a evolução de technica operada pelo Decreto n. 370, de 1890, art. 196, sobre o Decreto n. 169 A, de 1890, art. 2 § 22.

Accentúa-se, no art. 1.610, o principio de reciprocidade do direito hereditario, sem que se tenha adoptado, noutros casos, o mesmo principio. No art. 1.745, o legislador demonstra o proposito de symetrizar os descendentes aos ascendentes, em se tratando de desherdação: as palavras "offensas physicas, injuria grave" não se achavam no direito anterior (Ord., Liv. IV, tit. 89) e são replicas ao art. 1.744 relativo á desherdação dos descendentes pelos ascendentes.

Quanto ao juizo arbitral, permittiu (diz-se) que a mulher, o cego, o analphabeto, os estrangeiros, que ignorem a lingua nacional, possam ser arbitros (art. 1.043), apagando, assim, as excepções do Decreto n. 3.900, de 1867, art. 15.

3). *Encurtar prazos,* o que facilmente se verifica pela comparação do art. 178 e dispositivos do direito anterior, con-

solidado no livro de Carlos de Carvalho, *Nova Consolidação das Leis Civis,* arts. 970-981. A's vezes, infelizmente, se afasta disto (art. 368). Para todos os tutores adoptou os mesmos prazos (arts. 435 e 436), fixando-os no menor (art. 436: "dois annos"). Em vez dos trinta annos do direito anterior, admitte-se o usucapião completado o decennio, das coisas moveis, independentemente de titulo ou boa fé (art. 619).

O penhor agricola só se póde convencionar pelo prazo maximo de um anno, prorogavel por seis meses (art. 728). No direito anterior, seria possivel por 3 annos e até por 10 a 15 (Decreto n. 370, de 1890, art. 364).

4). *Evitar subtilezas,* no que nem sempre foi feliz e pelo menor esforço pagou, por vezes, a pureza da doutrina e da technica. Porém, no conjunto, foi util este empenho, como se verifica nos arts. 11, 219 III, e outros.

Segundo a Ord. do Liv. IV, tit. 46, § 1º, a communhão de bens só se iniciava depois de se haver consumado o casamento. O Decreto n. 181, de 1890, art. 57, fixava o dia seguinte ao do casamento, salvo se se não consummasse. O Codigo Civil afastou a discussão: o regime dos bens (em geral), começa da data do casamento, e é irrevogavel.

Quanto ao art. 1.792, no Projecto revisto, arts. 2.167-2.172, mantinha-se o direito filipino (Ord. Liv. IV, tit. 97, § 13), mas a Camara dos Deputados, por proposta de Andrade Figueira simplificou os dispositivos e adoptou o actual.

Se compararmos com o Code Civil, art. 1.256, italiano, art. 1.258, português, art. 729, alemão, art. 336 2ª alinea, argentino, art. 778, o art. 994 do Codigo, veremos que a preoccupação foi simplificar. Talvez não fosse feliz. A solução do B. G. B. § 366 2ª alinea seria mais aceitavel. Outro exemplo de simplificação, assaz recommendavel, observa-se no art. 1.013 (cp. Code Civil, art. 1.294).

5. *Adoptar certas alterações recommendadas pela experiencia*: elevação da idade quanto a incapacidade absoluta (12 e 14 para a mulher e para o homem, no direito anterior; 16 para ambos, no Codigo); elevação da idade nupcial (14 e 16 para a mulher e para o homem, no direito anterior; 16 e 18, segundo o Codigo); abolição dos intervallos lucidos da loucura, *lucida intervalla*; exigencia da transcripção integral, na escriptura antenupcial, do instrumento de autorização para casar (art. 196); exclusão dos agentes diplomaticos quanto á competencia para effectuar casamentos (art. 204).

O art. 633 nasceu da experiencia da vida rural brasileira, das innumeras questões e discordias que surgiam. No Projecto primitivo (art. 586), Clovis Bevilaqua procurou obviar aos inconvenientes da pratica opposta com a seguinte disposição: "Um compossuidor não póde impôr, a outro, limites ao exercicio legitimo da posse commum, mas póde recorrer ao meios tutelares da posse contra a turbação ou esbulho que esse outro lhe faça soffrer". Depois, por indicação de Paranhos Montenegro, a Commissão da Camara adoptou o art. 633, que constitue innovação e mais directamente prohibe o costume anteriormente vigente.

Nos arts. 678 e 679, implicitamente se excluiram os aforamentos vitalicios, com o que se confirmou o que a doutrina e o costume já haviam assentado.

6. *Abrandar certas instituições e certas penalidades*. Exemplos:

a) no caso do art. 225 (viuvo ou viuva, com filhos, que se casar sem fazer inventario do casal e dar partilha aos herdeiros), conservou apenas a perda da administração e do usufructo, e não a de duas terças partes dos bens, que lhe deveriam caber no inventario, como dizia o Decreto n. 181, de 1890 (art. 99);

b) alterou conceitos despoticos de patrio poder e de poder marital;

c) deixou de incluir certas penalidades ao alimentando, consistentes em extincção da divida alimentar (Assento de 9 de abril de 1772, § 2º);

d) em vez da perda dos direitos creditorios (Nov. 72, 3 e 4), dispôs, no art. 430, que o tutor apenas não poderia cobrar, durante a tutoria, o credito contra o menor, que não declarou ter, quando assumiu a tutela; e, se o tutor não entrar com o alcance, correrão os juros da divida e poderá ser processado pelo crime do art. 232 do Codigo Penal, extincta, assim, a prisão do tutor, se dentro de 9 dias não entrasse com o alcance (Ord. Liv. IV, tit. 102, § 9º);

e) no art. 685, em vez do commisso e annullação (Ord. Liv. IV, tit. 38, § 1º), a sancção para a omissão do emphyteuta em avisar o senhorio directo de que pretende alienar o dominio util, para que este use do direito de preferencia, manteve-se, apenas, o de annullação, isto é, o direito de preferencia ainda depois de alienado o dominio util;

No art. 1.780, abrandou-se a pena civil de "sonegados": Só perde a parte que tinha nos bens não apresentados, em vez de perdê-la e ainda pagar o dobro do valor delles, segundo as Ord., Liv. I, tit. 88, § 9º. Nos demais artigos (1.781-1.783) percebe-se o mesmo e a pena progressivamente se attenúa através dos Projectos de Coelho Rodrigues, Clovis Bevilaqua e revisto.

DEFEITOS: LACUNAS E INCORRECÇÕES

No direito, as lacunas são inevitaveis; e daí ser falso o principio da plenitude logica do Direito. Mas ha lacunas da lei, lacunas essas de technica legislativa, inadvertencias, desattenções do legislador.

E' destas que vamos tratar.

213. Lacunas do Codigo Civil. — Se houver, além de multipla (ou de nenhuma *nacionalidade*) e multiplo *domicilio*, a multiplicidade de *residencias*, sem que uma dellas seja no Brasil? A solução suiça teria morto a questão desde que houvesse multiplo domicilio. A solução alemã é controversa, porém tende para o lugar que mais interessa ao negocio juridico. A do Brasil poderia ser: *a*) a residencia *actual*; *b*) a do acto ou negocio juridico; *c*) a do domicilio mais antigo; *d*) a do domicilio mais recente. As duas ultimas, deante do art. 9, seriam aceitaveis. Mas qual das duas preferir? Aceitaveis tambem seriam as duas primeiras.

No art. 13 da Introducção falta a lei que deva reger a execução das obrigações e os actos illicitos, em direito internacional privado.

Faltam, no art. 15 da Introducção, normas juridicas sobre a jurisdicção brasileira quanto a brasileiros domiciliados e residentes no estrangeiro; por exemplo: no caso de interdicção, como resulta, na Alemanha, do Codigo do Processo Civil, art. 648 alinea 2. A regra recommendavel seria a *geral*, e não a unilateral: "Póde ser interdictada no seu país a pessôa domiciliada ou residente noutro". Não se excluiria, com isto, a interdicção pelo país do domicilio, — respeitadas, assim, a lei nacional da pessôa e o interesse, a ordem publica do país do domicilio.

Não se encontra na Introducção do Codigo Civil o art. 12 do *Einführungsgesetz,* segundo o qual "de acto illicito praticado no estrangeiro, não se póde fazer valer contra um alemão direitos mais extensos do que os justificados segundo as leis alemãs" (Aus einer im Ausland begangenen unerlaubten Handlung können gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind). A omissão neste ponto parece preferivel ao dispositivo demasiadamente "nacionalista" da lei alemã. Mas a falta de dispositivo bilateral ou geral sobre actos illicitos constitue uma das lacunas do Codigo Civil, que se ha de suprir com os principios de direito internacional privado.

No art. 2 não se cogitou da monstruosidade. Não a previu o Codigo Civil, como não a previram o B. G. B. § 1º e a maioria dos Codigos. Na literatura alemã, consultar-se-ão com proveito V i e r b a u m, em *Henke's Zeitschrift für Staatsarzneikunde,* vol. 67, pags. 166 e seguintes, S k r z e c z k a, em *Goltdammers Archiv,* vol. 14, pags. 516 e seguintes. Previram o caso o Preussisches Allg. Landrecht, I, 1, § 17, o Bayr. Landrecht, I, 3, § 2º, n. 5, o Sächs. G. B. § 33. Tem-se dito que a questão, scientificamente, pela raridade, perde o interesse; mas este interesse cresce: nos paises de maiores nu-

meros de monstruosidades do que na Europa; em todos, pelas questões novas em materia de eugenica. Póde o medico sacrificar o monstro? Se póde, grave contradicção estabelecer-se-á no direito: attribue-se personalidade ao monstro e, portanto, direitos, mas autoriza-se a morte. Mais razoavel seria: reconhecer ao disforme, *Missgestalt*, a capacidade juridica, o direito de personalidade; porém não ao que nasceu vivo, sem ter fórma humana (questão de facto). São pontos delicados, dos quaes fogem os juristas, mas, onde se quisér proceder a melhor politica da raça, terão de voltar, sériamente, á discussão.

No art. 4, nega-se personalidade ao embryão; mas, no artigo 462, diz-se que se dará curador ao nascituro, se o pae fallecer, estando a mulher gravida, e não tendo o patrio poder. Devemos entender que o mesmo succederá se, filho illegitimo, não estiver reconhecido pelo pae e não tiver o patrio poder a mulher gravida, ou se ambos não têm o patrio poder, ou quando collidirem os interesses do embryão com os de quem exerça o patrio poder, por exemplo: se houver herança para o nascituro de acção em juizo contra o que exercerá o patrio poder. Tambem terá de ser nomeado curador no caso do artigo 391, I e IV.

Falta a interdicção por alcoolismo, cp. artigo 6 e B. G. B. § 6, n. 3; e tambem por outros toxicos. As leis annexas são defeituosas.

No art. 9 paragrapho unico I, não ha a regra do B. G. B. § 4 1ª parte, que não admitte a declaração de maioridade sem o consentimento do menor. Dir-se-á que não precisaria estar escripta; mas certo é que, se assim o entendemos, houve e ha opiniões contrarias. Falta-lhe, outrosim, o § 5º do B. G. B.: "Sómente póde haver declaração de maioridade, se feita no interesse do menor" (*Die Volljährigkeitserklärung soll nur erfolgen, wenn sie das Beste des Minderjährigen befördert*).

Temos visto, no Brasil, declarações (abundantemente feitas pelos paes, o que adeante censuraremos), em momentos de dividas ou responsabilidades pecuniarias delles em relação aos filhos.

No art. 86, falta, evidentemente, a regra do B. G. B. § 118: "E' nulla a declaração de vontade que é feita sem intenção séria e na esperança de que não se lhe desconheça a falta de seriedade" (*Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig*) Certamente, estas, como outras lacunas, poderiam ser preenchidas pela interpretação, mas verdade é que a educação dos povos ainda não está á altura de realizar a obra de identificar o methodo legislativo, o interpretativo e o de applicação do direito. Da regra do § 118 tirei proveito, no livro sobre *Promessa de recompensa,* como se estivesse escripta no Codigo, porém, em differentes assumptos, temos visto graves injustiças pela desattenção a este preceito geral.

No art. 126, falta o dispositivo que corresponda ao B. G. B. § 272; mas aqui o § 272 vale pelo que se conclue *a contrario sensu* e pela contraposição ao uso commercial.

No art. 142, não se incluiu entre os que não podem ser testemunhas o inimigo capital, o tutor em relação ao pupillo e os que não têm idoneidade para testemunhar (condemnados por falsidade, estellionato, furto ou roubo).

A lei (art. 178 § 9 *b*) não fixou o prazo para a acção da mulher (1) quando tenha de pedir a *annullação* dos actos pelos quaes o marido tenha alienado ou gravado com direitos reaes immoveis particulares delle, ou alienado direitos reaes sobre immoveis alheios (art. 235). Quem ler pela primeira vez o art. 242 pensa que no n. I só se trata de immoveis communs, pois nos ns. II e III se fala dos *particulares*: pareceria

que, sem consentimento da mulher, o marido poderia alienar os particulares. Não é este o systema do Codigo; os ns. II e III são redundantes, conforme mostramos eu, em 1916, e Clovis Bevilaqua, no anno seguinte. As differenças entre o artigo 242 e 235 começam a partir do n. IV do art. 242.

Se bem que, nos arts. 240, 324, 667, o Codigo Civil se refira ao nome, não regulou o *direito ao nome*. A construcção juridica ainda não se fez no direito brasileiro; é lacuna da lei e mesmo da doutrina.

Os esponsaes, — no alemão *Verlöbnis*, — que já haviam desapparecido dos costumes brasileiros, não foram sequer mencionados pelo Codigo Civil. Já Teixeira de Freitas (1) os considerava obsoletos. Embora não os extinguisse, deixou de mencioná-los o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890. Era entre os povos germanicos que os esponsaes gozavam de maior aceitação, e no entanto o Codigo Civil alemão § 1.297, determina que não se póde, fundando-se em esponsaes, intentar acção para realização do casamento: *Aus einem Verlöbnisse*, diz o texto, *kann nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden*. E é nulla a propria promessa de pena para o caso de se não realizarem as nupcias: *Das Versprechen einer Strafe für den Fall, dass die Eingehung der Ehe unterbleibt, ist nichtig*.

No direito brasileiro anterior ao Codigo Civil, era a seguinte a construcção juridica dos esponsaes:

I. Considerava-se contracto, eram-lhe applicaveis as regras relativas aos actos juridicos em geral; podiam ser contractados pelos maiores de sete annos, com a condição de obterem dispensa legal, se existisse impedimento (Lei de 6 de outubro de 1784, § 3), e com o consentimento dos paes, tutores e curadores, em sendo menores.

(1) *Consolidação das Leis Civis*, nota 1 ao art. 76.

II. Era de mistér a escriptura publica, devidamente assignada, com duas testemunhas pelo menos. Se por escripto particular, quando longe de mais de duas leguas o tabellião, tinha de ser reduzido a escriptura dentro de um mês (Lei de 1784, § 2º).

III. A cada um dos contraentes cabia a acção (alternativa): ou para exigir o cumprimento da promessa feita; ou para pedir a indemnização devida pela quebra da promessa (Lei de 1784, § 8).

Cessava a obrigação desde que houvesse justa causa *preexistente* e *ignorada* para o repudio (§ 8): enfermidade, contagiosa ou repugnante; ou que inhabilita para os mistéres da vida; infidelidade; inpudicicia; vicios ou costumes torpes. Não tendo sido préviamente taxada a indemnização, cabia ao juiz arbitrá-la segundo as circumstancias. Se havia prazo, attendia-se a elle; se não havia, a promessa sómente era exigivel até dois annos depois dos esponsaes.

No Projecto de Coelho Rodrigues, arts 1.825, 1.835, dispõe-se: *a*) O compromisso de casamento não induz a obrigação legal de contrai-lo, nem a de cumprir qualquer clausula ou condição aposta para o caso de inexecução do mesmo compromisso. *b*) Todavia, se o compromisso de casamento constar de instrumento publico ou particular, assignado por pessôas maiores, ou menores devidamente autorizadas, ou de pedido regular de proclamas, dirigido ao respectivo official, o promittente arrependido, sem culpa do outro, deve indemnizar a este pelas despesas feitas em consequencia do mesmo compromisso (1).

No Projecto de Clovis Bevilaqua, cogitava-se dos esponsaes: "as promessas de casamento futuro não produzem obri-

(1) Nos arts. 1837-1841, ainda dispunha sobre a liquidação das despesas e o modo de apurar a não-culpa do noivo.

gação legal de contrai-lo, sendo nullas as penas convencionaes estabelecidas para o caso de rompimento do contracto esponsalicio" (art. 209); "todavia, se o compromisso de casamento constar da publicação de proclamas, regularmente feita, o promittente arrependido sem culpa do outro deve indemnizar este ultimo das despesas feitas em attenção ao casamento ajustado" (art. 210). Na Commissão revisora, propôs-se a supressão, por inuteis, dos dispositivos. Lacerda de Almeida allegou que devia reger-se como contractos, ao que se oppôs o conselheiro Barradas: o que soffreu o repudio poderia, assim, reclamar indemnização, e isto lhe parecia contrario á natureza dos esponsaes, contractos celebrados *sob a fé da honra,* como se diz no Codigo Civil colombiano. Por isto, propôs o seguinte dispositivo: "Os esponsaes não produzem obrigação legal de contrair matrimonio. Se, porém, a parte promittente se arrepender, sem culpa da outra, será obrigada a restituir as prendas recebidas e a indemnizá-la do que houver despendido na previsão do casamento" (art. 218).

Mas a Commissão insistiu nas "promessas de casamento". A Faculdade de Direito de Minas Geraes quis, na indemnização, que se attendessem as circumstancias para a avaliação, e propôs o prazo de um anno para a acção (1). O desembargador Lima Drummond, que reconhecia a decadencia do instituto dos esponsaes, entendia que, ainda assim, era de mistér "regular a situação especial em que ficará collocada uma das partes que houver onerado o seu patrimonio, no presupposto da realização da promessa de casamento".

Na Commissão Especial da Camara dos Deputados, o relator, Anisio de Abreu, reputava inuteis os artigos, pois não faziam mais do que consagrar o principio elementar do direito — quem quer que a outrem cause damno, deve repará-lo. E

(1) *Trabalhos,* vol. II, pags. 84, 85.

accrescentava: "Inutil, portanto, em projecto de Codigo, dizer o que é apenas a applicação de regras geraes e communs de direito, e este mesmo Codigo deve consignar nas partes competentes. Para admittir-se a derogação desses principios faz-se preciso disposição especial expressa. Basta que elle guarde silencio, para que a promessa não seja valiosa, não tenha effeitos juridicos". Adeante: "é innegavel que, hoje, como ontem, ha pedidos de casamento, entrevistas, intimidades, promessas, consentimentos dados de uma e outra parte, antes da união solenne e decisiva, que só faz o casamento. E' aos males, é aos perigos, é ás consequencias dessa situação, que o projecto parece querer attender. E' uma illusão. Sob o regime do silencio, todos os interesses moraes e materiaes, que nella possam ser feridos, estão mais bem garantidos". E' a influencia da critica da Laurent aos arts. 54, 55, do Codigo Civil italiano. Durante a votação, disse o deputado Sá Peixoto: "O illustrado relator propõe a supressão do art. 218. Comprehendi perfeitamente qual a intenção de S. Ex., mas acredito que sómente pelo facto de nós silenciarmos sobre esponsaes, não os temos abolido de nossa legislação. Os casos omissos em nosso Codigo (e sem duvida existem) forçosamente serão regulados pela legislação anterior e, na falta, pela legislação dos povos cultos. Assim sendo, pareceria conveniente que se restabelecesse o art. 209. A revogação da lei póde ser expressa ou tacita. E' expressa quando a nova lei declara revogada a anterior; tacita quando estabelece disposições que lhe são contrarias. A revogação de um instituto existente no corpo do nosso direito civil, por simples exclusão, se não é contraria á doutrina, permitte ambiguidades. E' um systema perigoso o da revogação presumida". Interveio o Presidente da Commissão, J. J. Seabra: "Desde que se suprima este artigo do Codigo, vê-se que o intuito do legislador é acabar com os esponsaes".

Voltou Sá Peixoto: "Não me parece tão claro assim. Podia a Commissão suprimi-lo, por entender que era superfluo. Podia igualmente fazê-lo, por querer que os esponsaes se regessem pelas regras geraes dos contractos, e não porque os tenha abolido. Em todo o caso, o que desejo é que o pensamento da Commissão fique perfeitamente accentuado, como elemento de interpretação, isto é, que a Commissão não restabeleça o art. 209 do Projecto primitivo, não porque o rejeite, mas *porque, não falando dos esponsaes, não os reconhece, não lhes dá effeitos civis.* Outro não é o meu intuito, senão deixar o pensamento da Commissão fixado de modo a não deixar margem a duvidas".

Mas Anisio de Abreu volta á discussão: "No parecer primitivo, que apresentei sobre a parte, que tive a honra de relatar, vem uma longa exposição da minha opinião sobre o assumpto. Depois de examinar a situação actual do instituto dos esponsaes nos diversos paises em que elle existe ainda, e de tornar evidente a tendencia geral para a sua absoluta eliminação, tornei bem claro que a eliminação proposta não é uma originalidade, que o Projecto assente, e que, ao contrario, é este o regime adoptado na França, na Belgica, no Canadá, no Japão, e noutros paises. Sob esse regime do silencio, acha-se perfeitamente garantida a idéa, que o nobre deputado quer resalvar, da indemnização ao conjuge (?) innocente pelo promittente arrependido. O silencio, portanto, parece o processo mais razoavel para consagrar a eliminação definitiva de uma instituição, que desappareceu de nossa legislação, ou que nella se manteve como simples letra morta, revogada de facto pelo desuso. Não se estabelecem em um Codigo dispositivos sobre uma instituição, cuja existencia se nega, ou se pretende extinguir... Para salvar o *principio da indemnização, não se tem necessidade dessa anomalia, pois elle se acha plenamente*

garantido, á sombra da regra geral de que — quem quer que a outrem cause damno deve repará-lo, — regra estabelecida pelo Codigo".

Certo, prevalece em geral o principio da autonomia privada (*Privatautonomie*) de se obrigar, porém, no systema do Codigo Civil, só se póde invocar no direito de obrigações, e no das coisas segundo a lei. No de familia, não. No regime de bens, a lei dá regra expressa. Daí a differença entre o B. G. B. e o Codigo Civil: aquelle reputou indispensavel o § 1.297; este nada disse a respeito e o silencio delle, em vez de se interpretar como permissivo, deve entender-se vedativo. Não obsta a tal interpretação o art. 1.089.

O que a lei brasileira não quer é que assumptos de *direito de familia* possam ser regulados em contracto, salvo o casamento mesmo, *sui generis,* e completamente livre das regras do direito das obrigações. No desquite amigavel e todos os outros interesses communs aos conjuges igual, é a attitude da lei: afasta a intervenção das regras contractuaes do *direito de obrigações*.

Foi, então, suprimido o artigo.

Aboliram os *esponsaes,* instituto de direito de familia? Evidentemente, *sim.* E as promessas de casamento, como factos da vida, destes que serão praticados ainda que se enquadrem, ou não, nas regras legaes? Estas seria impossivel abolilas. Direito é processo adaptativo, um dos criterios da adaptação social, mas não a materia, o acto, a substancia da vida. Como, então, resolver, no caso de um faltar á palavra? Como decidir-se do facto de um — note-se bem do facto (e não do *acto juridico*) — se resultarem, pelo não cumprimento do promettido, damnos apreciaveis ao outro? As soluções invocadas são as seguintes: I) com fundamento no art. 159, a reparação

do damno soffrido; II) conforme o direito das obrigações convencionaes, damnos e os lucros cessantes.

Quanto á prova, ter-se-ão de examinar as seguintes soluções: 1) quaesquer meios de prova; 2) publicação de proclamas (editaes), de acôrdo com o art. 210 do Projecto de Clovis Bevilaqua; 3) pedido regular de proclamas, ou instrumento publico ou particular (Projecto de Coelho Rodrigues, art. 1.836); 4) escriptura publica, de acôrdo com a Lei de 6 de outubro de 1784, §§ 1º, 2º, ou particular, reduzida a publica dentro de um mês, se o tabellião residir a mais de duas leguas.

No Codigo Civil alemão e no suiço regulou-se a indemnização em caso de damnos decorrentes de promessa de casamento. Ainda que abolisse o instituto dos *esponsaes*, devia tratar deste aspecto o Codigo Civil. Não no fez.

A II solução é a do direito anglo-americano (esponsaes-contracto) e era a do direito brasileiro anterior, com a alternativa casar ou pagar. Quanto á prova, na Inglaterra e nos Estados Unidos, não se restringe ao escripto. O Codigo Civil austriaco, art. 46, permitte a acção pelo damno effectivo (*wirklicher Schaden*), mas, se este é só o *damnum emergens* ou, tambem, o *lucrum cessans*, discordam os autores. No B. G. B. § 1.298, entendem-se os damnos soffridos, como as despesas feitas para o casamento ou tendentes a isto, e o *negatives Vertragsinteresse;* não, porém, o *Erfüllungsinteresse*. Exemplo: o que despendeu e o que deixou de aceitar por ter de casar-se (emprego, doação, etc.); não, porém, o que teria ganho com o casamento. Noutros artigos, o B. G. B. considera casos especiaes.

O Codigo Civil suiço autoriza a indemnização das despesas de boa fé (art. 92), a reparação do damno moral (ar-

tigo 93) e a restituição das prendas. O prazo das prescripções é de um anno (art. 95). Na Hollanda, só se cogita de indemnização do damno effectivo, se houver repudio depois de declaração feita ao official do estado civil, seguida de publicação (art. 113). Semelhantemente, o Codigo Civil espanhol, art. 44, e o italiano, arts. 53, 54. O português, art. 1.067 paragrapho unico, declara que a prohibição de contracto de esponsaes "não obsta a que a pessôa, que, sob promessa de casamento, recebeu neste intuito quaesquer donativos, ou autorizou alguma despesa, seja obrigada á restituição daquelles, ou á indemnização desta, se lhe fôr exigido".

O Codigo Civil francês nada disse, como o brasileiro. Daí, a principio, a interpretação permissiva do contracto esponsalicio (Toullier, Zachariae), e, depois, a vedativa que prevaleceu. Afastou a propria indemnização, salvo se ha circumstancias que, independentemente do repudio, a autorizem (Côrte de Cassação de Paris, 12 de novembro de 1901). Semelhantemente, o direito belga. O Codigo Civil argentino, art. 166, e a Lei de casamento, art. 8, vedam o contracto e a indemnização.

O direito brasileiro *desconhece*, hoje, os *esponsaes*. Mas não ha acto humano que, ainda não de caracter juridico, fique excluido de interessar-lhe. Tem, pois, a acção quanto ás *prendas* e a indemnização por culpa do outro noivo.

No direito brasileiro, a acção para rehaver as prendas tem de fundar-se no art. 1.173. A de indemnização (*Ersatzpflicht*), com a mesma amplitude que a do B. G. B. § 1.298, — damnos soffridos, despesas, e interesse contractual negativo (*negatives Vertragsinteresse*); não, porém, os interesses da execução (*Erfüllungsinteresse*). Tambem o damno moral póde ser pedido (1).

O damno moral, que é vastissimo, póde ser exemplificado com o art 1.548. Assim, temos que são indemnizaveis os damnos moraes:

I) quando haja aggravo á honra pelo facto de ser virgem e menor a mulher e fôr deflorada, consinta ou não (artigo 1.548 I);

II) quando, mulher honesta, fôr violentada ou aterrada por ameaças, (art. 1.548 II), constituindo ameaça a de rompimento da promessa de casamento;

III) quando permittir deflorar-se ou consentir em quaesquer actos ou intimidades (exemplo: ver-se núa, beijar-se), com promessa de casamento (art. 1.548 III);

IV) Se, por facilidade oriunda do noivado, fôr raptada (v. g. durante passeio) ou, — com fundamento no art. 1.548 III, — fugir com o noivo, sob promessa de casamento.

Está visto que em todos estes casos ha a promessa de casamento, porque é isto o que agora nos interessa. O art. 1.548 póde dispensá-la nos casos dos ns. I, II, IV, mas então não interessará ao nosso assumpto e sim ao direito geral das obrigações por actos illicitos.

Quando se tratar de copula não é preciso que haja *emissio seminis*. A reparação consistirá em dote correspondente á condição e estado, arbitrado judicialmente. A enumeração do artigo 1.548 não exclue as indemnizações por outros actos de violencia sexual ou de ultrage ao pudor (art. 1.549).

Quanto ás *prendas*, restituem-nas os noivos se não se realiza o casamento, haja ou não culpa de um delles. Para a acção de indemnização é de mistér a culpa. Basta que se prove terem sido noivos; a lei não restringe os meios de prova e não é de mistér a troca symbolica de aneis.

Qual o prazo da prescripção? Variam as legislações, mas todas querem prazos curtos. No direito brasileiro, Eduardo Espinola sustenta o prazo ordinario. Lacuna da lei. Seria mais razoavel recorrer-se ao prazo do art. 619 (se bem movel) ou [illegible] do art. 550 (se bem immovel). Quanto a indemnização, o prazo tem de ser o geral (art. 177), salvo quando assumir a feição da offensa ou damno ao direito de propriedade (art. 178 § 1º IX).

Os herdeiros podem propôr a acção? Sim; salvo no caso do art. 1.548, porque, então, se trata de *actio vindictam spirans*.

Passemos a outros assumptos.

Escapou ao art. 251 o caso de perda do poder marital devida a crime de lenocinio (Codigo Penal, art. 277).

No art. 252 foi omittida a allusão aos herdeiros do marido, pois tambem elles podem requerer a annullabilidade dos actos da mulher que não foram devidamente autorizados pelo marido. No art. 178 § 7º VII ha referencia á acção dos herdeiros.

O art. 328 não se referiu ao casamento putativo quanto a um só dos conjuges (art. 221 paragrapho unico), de modo que se tem de recorrer ao art. 380.

No art. 335 adoptou-se a regra de que, na linha recta, a affinidade não se extingue com a dissolução do casamento, que a originou; mas este artigo deve ser entendido de acôrdo com o systema do Codigo: no caso de casamento putativo, attender-se-á á affinidade em linha collateral. No art. 358 nada se dispôs sobre os filhos que nasceram pós trezentos dias subsequentes á dissolução da sociedade conjugal, pelo *desquite*, ou *por annullação* ou *declaração de nullidade*, mas putativo o casamento; isto é, não se resolveu a questão já levantada no

direito anterior de serem *adulterinos* ou simplesmente *illegitimos*. A questão é de grande importancia para o direito successorio. Se bem que a melhor doutrina não os tenha por *adulterinos,* ainda ha opiniões resistentes, e julgados, que, attentos á theoria do casamento indissoluvel, sustentam a adulterinidade dos filhos nascidos após o desquite.

No art. 362 (reconhecimento dos filhos illegitimos), dispôs-se que o filho maior não póde ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor póde impugnar o reconhecimento, dentro nos quatro annos, que se seguirem á maioridade, ou á *venia aetatis*. Nada disse quanto á necessidade de consentimento por parte do tutor ou de alguem sob cuja guarda esteja o menor, o que permittiu, na pratica, discordancia de opiniões e de julgados. E' erronea a interpretação literal que faculta o reconhecimento do menor que tem mais de dezeseis annos, sem o consentimento deste e de quem o assista, ou sem o de quem represente o menor de dezeseis annos. Mas a boa doutrina, sustentada por mim e depois por Clovis Bevilaqua, encontra oppositores. No mesmo art. 362, ha outra lacuna: não se diz se os terceiros interessados e o Ministerio Publico podem atacar o reconhecimento, o que seguramente se ha de estatuir, pois que o reconhecimento se refere a um *facto,* que se "reconhece", e se é nullo o reconhecimento, ou se não existe o facto, seria absurdo e immoral admittir a não impugnabilidade do acto de reconhecimento. O art. 365 sómente cogitou da "acção de investigação da paternidade, ou maternidade". mas a doutrina deve recorrer á analogia (1).

No art. 372 declara-se que não se póde adoptar sem o consentimento da pessôa, debaixo de cuja guarda estivér o adoptando, menor ou interdicto. Se o adoptando fôr mulher

(1) PONTES DE MIRANDA, *Direito de Familia*, § 148, pags. 306, 307.

casada? O Codigo Civil não previu o caso. Póde aceitar a adopção, *contra* a vontade do marido? O *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.627, dispunha: "Não podem aceitar a adopção:... 4°. As mulheres casadas sem assistencia ou autorização de seu marido, ou suprimento de autorização pelo juiz". Devemos entender: póde impugná-la se houver motivos para isto, mas, se a despeito da impugnação, se consummar, faltanos qualquer pena. Não deixa de ser absurdo que a lei exija a autorização marital para aceitar legados ou heranças e admitta a adopção, de que póde resultar herança. No art. 372 ha outra lacuna, semelhante á que se censurou ao art. 362. Não se declarou ser essencial á adopção o consentimento do adoptado. A solução tem de ser: para os de mais de dezeseis annos, será imprescindivel (art. 6°); para os de menos de dezeseis annos, a adopção não poderá ser feita sem que o pae ou tutor os represente. Se o proprio tutor fôr adoptante, nomeará o juiz curador especial ou tutor *ad hoc*.

No art. 387, previu-se o caso de collisão de interesses dos filhos com os dos paes, porém não ha regra para a collisão de interesses dos filhos entre si quando o mesmo o representante legal (pae ou mãe titular do patrio poder, mesmo tutor). Cabe. então, por analogia, a nomeação do curador especial.

O pae, ou mãe, que, ao tempo da morte, não tiver o patrio poder, fica privado de nomear tutor (art. 408). Não se cogitou dos avós destituidos da tutela. Tambem elles perdem aquelle direito de nomeação testamentaria de tutor.

Na enumeração do art. 413, não se mencionaram os destituidos e os suspensos do patrio poder (arts. 394. 395), nem os indigentes.

O Codigo Civil nega personalidade ao nascituro (art. 4°), mas ordena que se lhe dê curador. Prevê, no art. 462, a cura-

tela do nascituro se a mãe não tem o patrio poder e se o pae falleceu. Não é este o unico caso. Póde o pae não haver fallecido: não ter o patrio poder (interdicção, destituição ou suspensão que deva abranger os filhos futuros). Póde acontecer collisão de interesses do pae ou da mãe com os do filho, ou, ainda, o caso vulgarissimo das medidas requeridas por terceiros (cp. arts. 1.717, 1.718).

Não ha, no Codigo Civil, salvo no art. 223, referencia aos *alimenta ad litem*, "alimentos provisionaes", segundo a expressão portuguesa. Mas, desde 1916, sustentei que não se achavam revogados (*Direito de Familia*, § 173). Assim, proposta a acção de alimentos, póde o alimentado pedir, provisoriamente, alimentos, para as despesas da causa e para seu sustento no decurso do litigio, os quaes serão taxados por arbitramento ainda antes da litiscontestação, attendendo ás condições da pessôa e ao valor da causa principal. Não é o autor obrigado a prestar fiança, com o fim de repôr os alimentos percebidos antes do julgamento, pois que, ainda se perder a acção, não é o alimentado obrigado a restitui-los. Têm por fim dar meios de subsistencia e de despesas judiciaes ao que pede alimentos; por isto mesmo, não se suspendem com a appellação interposta por elle ou pelo réo. Podem ser pedidos ainda durante as férias do fôro. Para a decretação delles bastam fortes presumpções de parentesco allegado e, se o autor não os pedir antes da litiscontestação, poderá pedi-los em qualquer tempo da acção, ainda pendente appellação e mesmo que tenham sido denegados na primeira instancia. Estas regras, que apontamos, constam de velhos livros a que me referi no *Direi-*

to de Familia, § 173 (1), e continúam hoje plenamente adoptadas.

No art. 486, sobre posse mediata e immediata, não inclue os possuidores de administração (*Verwaltungsbesitzer*), mas devem ser attendidos no dispositivo.

Os arts. 554, 555, permittem a seguinte questão: póde o possuidor não proprietario usar das acções que nelles se prevêem? No direito anterior, eram ligadas á posse. No Codigo Civil, o art. 554 fala no "proprietario ou inquilino", de modo que o reconhece, expressamente, ao locatario. Igual direito, porém, hão de ter todos os que têm o *usus*, como o usufructuario, o emphyteuta e o que tem o direito real de habitação (art. 747).

No caso de especificação, confusão, commistão ou adjuncção, se fôr possivel a separação ou a volta á fórma precedente, por conta de quem correm as despesas? A doutrina anterior já resolvia a questão com o auxilio do *Preussisches Allgemeines Landrecht*, I, tit. 9, art. 298.

Excluiu-se o direito de superficie, protegido, em direito romano, pelo interdicto *de superficiebus*, quando se tratava de concessão perpetua, ou de longo prazo, mas deixou-se de providenciar quanto a certas *relações*, que estão na vida economica do Brasil e exigem solução juridica legal, se bem que a tenham, costumeiramente, desde muito. Mostra isto que é grande mal dos codigos serem, em certos pontos, elaborados fóra da vida, — quando esta não alcança inspirar, nos gabinetes, os codificadores e orgãos legislativos, mais effeitos á frequenta-

---

(1) PEREIRA E SOUSA, *Primeiras Linhas sobre Processo Civil*, vol. IV. n. 252, pag. 8; A. VALASCO, *Opera Omnia*, Coloniae Allobrogum, 1740, vol. I, pag. 3; MELLO FREIRE, *Institutiones iuris civilis lusitani*, Olisipone, 1799, vol. II, tit. 6, § 24, pag. 143. BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal*, vol. II, pag. 226; ALMEIDA E SOUSA, *Acções Summarias*, § 229, pag. 205.

ção de livros que das realidades e sempre preoccupados em dotar os paises de leis razoaveis, bem escriptas, porém indifferentes ao valor pratico, intrinseco, relativo, secular, dos dispositivos. Uma das mais importantes e promissoras producções do norte do Brasil é a do *côco,* que — por antigo costume — póde ser plantado em terreno proprio ou alheio. Ao individuo A é possivel ser proprietario (note-se bem: proprietario) de milhares de *coqueiros* em terreno alheio, com a obrigação de pagar (o que se harmonizaria com a figura da emphyteuse) annualidade certa, ou quota dos frutos, ou sem nenhuma obrigação, como verdadeiro dono, em situação de communhão *pro diviso,* sendo elle o dono da *planta* e o outro o da *terra.* Disto decorrem consequencias assaz importantes: o direito de passagem para colher os *côcos;* o de tratar do *coqueiro* e impedir que o prejudiquem; o de alugar e vender. Se bem que o Codigo Civil fosse cégo para isto, as relações continúam e o povo respeita as situações juridicas que ellas criam.

No art. 624 paragrapho unico, foi dito que, pelas despesas da conservação e da divisão da coisa commum, respondem os quinhões dos condominos, mas faltou dizer que o condomino, que as faz, tem direito de retenção por ellas, podendo compensá-las com os frutos. Estava no *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 4.361, e na applicação deve entender-se com tal complemento o art. 624.

Não se diz, no art. 637 § 2º, qual o criterio a que deve obedecer o juiz. Segundo o *Esboço,* intervindo, no caso de empate, deverá attender "á maior vantagem dos condominos e ao uso a que a coisa é destinada" (art. 4.356 6º).

No art. 684, não ha pena para a infracção do dispositivo legal. Duas soluções, dentre as possiveis, merecem exame da doutrina, que tem de preencher a lacuna da lei: uma, poder

o emphyteuta exigir do senhorio, se o adquirente estivér de boa fé, perdas e damnos, ou, no caso de má fé do adquirente, a annullação (Codigo Civil mexicano, art. 3.199); outra, poder usar o emphyteuta do *direito de preferencia*, como poderia usar o senhorio, isto é, ainda depois de feita a alienação (artigo 685). E' a solução do Codigo Civil português, art. 1.681 § 1°. b Clovis Bevilaqua entende que "deve ser preenchida segundo o disposto no Codigo Civil português, que foi a fonte do nosso na innovação de conferir ao emphyteuta o direito de preferencia". Mas a Introducção ao Codigo Civil, art. 7°, recommenda que se recorra, nos casos omissos, ás disposições relativas aos casos analogos. Deante do art. 684, *in fine*, ("ficará o dito senhorio sujeito á mesma obrigação imposta, em semelhantes circumstancias, ao foreiro"), seria justo que se applicasse a pena do art. 684, pois, em sendo as mesmas as obrigações de um para com outro, nada mais natural que a analogia gere a mesma pena. O art. 685 não distingue os casos de boa e de má fé do adquirente; não se poderiam distinguir no art. 684.

No direito anterior, a doutrina discutia se, para a subemphyteuse, era de mistér a notificação ao senhorio, como se dava em relação á alienação e á troca por coisa fungivel. Não era sem interesse a discussão, mas o Codigo Civil, infelizmente, não pôs termo á controversia. A mais seguida autoridade brasileira em direito das coisas, Lafayette Pereira (*Direito das Coisas*, § 157), exigia que se denunciasse ao senhorio a subemphyteuse, para que pudesse elle exercer o direito de opção e impugnar a pessôa do subemphyteuta. Por isto mesmo se lhe tinha de reconhecer o direito ao *laudemio* (art. 686), corollario do direito de opção. Velhissima doutrina apoiava a Lafayette Pereira, desde Valasco, Cal-

das, Pinheiro, até Mello Freire e Almeida e Sousa, isto é, do Seculo XVI aos nossos dias. Não se comprehende, portanto, que se deixasse lacunosa a lei. Ainda hoje, pretende Clovis Bevilaqua que não é preciso a notificação, se o acto constitutivo não a exige: a preferencia não caberia (diz elle), porque não se trata de liberação do predio, de consolidação do dominio. Mas verdade é que o art. 694 declara achar-se a subemphyteuse sujeita ás mesmas disposições que a emphyteuse. O proprio Lacerda de Almeida (*Direito das Coisas*, § 94), que foi o unico a considerar, abertamente, a subemphyteuse como emphyteuse do segundo gráu e a construir a figura juridica do segundo *dominium utile* (que Valasco e Pinheiro não ousaram e só como *fictio iuris* apontavam), exigia a denuncia ao senhorio directo.

O art. 731 falou dos usufructuarios que não são obrigados a dar caução. Se houver dispensa da caução por parte do proprietario que constitue, em favor de outrem, o usufructo? A lei não o previu. Certamente se terá de attender ao que dispôs o testador ou alienante. Já esta era a solução de Mello Freire (1) e de Borges Carneiro (2). Poderá, porém, ser exigida a caução se, nos casos de desapropriação por utilidade ou necessidade publica, de destruição do predio segurado, houver substituição do objecto do usufructo, de modo que passe, por exemplo, de inconsumivel a consumivel.

No art. 733, enumeram-se as despesas que incumbem ao usufructuario. Faltaram as obrigações de obras, como a de *calçadas*, calçamento ou muros uniformes com os das outras casas do mesmo quarteirão, etc. Na doutrina anterior, reputava-se caber ao usufructuario, para o que se citava Ce-

(1) *Institutiones iuris civilis lusitani*, Liv. III, tit. 13, § 7.

(2) *Direito Civil*, § 44, n. 15.

pola. No direito actual, outra não póde ser a solução, porque se equiparam aos consertos ordinarios.

No art. 734, mencionam-se as despesas que incumbem ao proprietario, mas não se previu o caso de recusar-se elle a fazê-las. O Codigo Civil espanhol, art. 502, diz que as effectuará o usufructuario, se quiser, e receberá, fruido o usufructo, o valor das bemfeitorias, podendo usar do direito de retenção. Em nota ao art. 734, pretende Clo'vis Bevilaqua que o Codigo Civil não adoptou tal expediente coercitivo, mas é insustentavel a opinião: o usufructuario poderá intimar o dono para que as faça, com a comminação de, não as fazendo, executá-las elle como bemfeitorias. Pense-se no art. 75 do Codigo Civil.

Faltou ao Codigo Civil, particularmente ao art. 742, qualquer allusão aos jazigos perpetuos ou temporarios, ao *ius sepulcri*.

No capitulo sobre antichrese (arts. 805-808), não se declarou quem paga os foros (pensão emphyteutica) e os impostos que gravam o predio. Taes despesas devem ser prelevadas nos frutos e rendimentos? Quem paga os reparos uteis e necessarios? Como no caso antecedente, o credor antichretico, a quem incumbe, com os frutos e rendimentos, conservar o immovel.

Não se disse, no art. 828, que se consideram especializadas a hypotheca do co-herdeiro e a judicial (Decreto n. 370, de 1890, art. 118). Mas este art. 118 está em vigor (Parecer de Pontes de Miranda, de 12 de agosto de 1917; Clovis Bevilaqua, nota ao art. 828).

No art. 832 fala-se em livros necessarios ao registo de immoveis. Quaes os livros necessarios? Os Estados não podem revogar a legislação federal, existente sobre o assumpto,

antes do Codigo Civil; está, pois, em vigor, em toda a Republica, o Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, arts. 11-39, que não supre a lacuna, porque esta não existe: é do Codigo, e não do direito.

O titulo, que se tem de apresentar (art. 838), para a inscripção da hypotheca legal, é a *sentença de especialização dos bens,* exceptuada a hypotheca legal do co-herdeiro, cujo titulo será o formal de partilha. Para a hypotheca judicial, a carta de sentença (Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, artigos 190-201).

O art. 840 tem de ser entendido de acôrdo com o art 420: tambem o juiz póde exigir dos tutores e curadores, sob pena de substituição, a inscripção e especialização de bens da hypotheca legal.

Faltou dizer-se, no art. 846, que o official do registo das hypothecas é responsavel pelos prejuizos, que causar ás partes, quando, nas inscripções e averbações, não observar os preceitos legaes. Além disto, incorrem elles em penas disciplinares ou criminaes, conforme as circumstancias (Decreto n. 370, de 1890, arts. 95-98). Aqui, não é propriamente de lacuna que se trata; o assumpto, mesmo quanto á indemnização, é mais de direito processual do que de direito civil.

No art. 876, seria util que se inserisse o § 243 2ª parte do B. G. B.: "Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache", referindo-se a coisa que só é determinada quanto á especie, e que o devedor deve prestar de especie e qualidade medias, "seinerseits Erforderliche gethan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache".

No art. 888, não se fala em mora do devedor que impedirá a applicação do mesmo artigo, nem se remette a outro dispositivo, em que se diga como resolver a extincção. Natu-

ralmente, restituir-se-á o preço. E' a solução do Code Civil, art. 1.195, que não dispensou a remissão ao art. 1.302.

Depois do art. 897, poder-se-ia ter dito que não influe na solidariedade a differença de lugar de pagamento. Outro dispositivo que devemos considerar implicito é o art. 1.009 do *Esboço* de Teixeira de Freitas: "Não deixará tambem a obrigação de ser solidaria, ainda que um dos concredores, ou um dos devedores, tivesse incapacidade para adquirir o direito ou contrair a obrigação. A incapacidade de um dos interessados em nada influirá na validade da obrigação quanto aos outros".

O art. 899 devia accrescentar: perempta a instancia, readquire o devedor o direito de escolha. Porém, como nos demais casos, subentende-se isto.

O pagamento feito a um dos credores solidarios, a novação, a compensação e a remissão extinguem a divida (art. 900 e paragrapho unico). A lei não alludiu á coisa julgada. No B. G. B. § 429 3ª parte, remette-se ao § 425, que estabelece o criterio justo. Semelhante solução podemos tirar da comparação dos arts. 910, 898.

Não se alludiu, no art. 902, ás *custas judiciaes;* não só os juros são perdas e damnos decorrentes da mora.

A quem lê o art. 906 logo acode a pergunta: Se, remittida a divida, pessoalmente, a um dos codevedores, algum dos demais fôr insolvente, o credor remittente supporta, na parte correspondente ao devedor relevado, o prejuizo proveniente da insolvencia? Previu o caso o Codigo Civil japonês, art. 445. Ainda no art. 906, deixou-se de cogitar da transacção com um dos codevedores. Tambem foi omisso o B. G. B., mas recorre-se ao § 423. Em se tratando de transacção que importe pagamento, *reale Befriedung,* os effeitos serão necessariamente objectivos, B. G. B. § 422. No Codigo Civil, art. 1.031

§ 3°, reconhecem-se-lhe effeitos objectivos, mas está visto que não poderá abranger a transacção que só importar pagamento parcial ou remissão pessoalmente concedida, art. 906.

Não se applica o art. 909 quando algum dos outros devedores seja obrigado, a termo ou sob condição.

O art. 919 entende-se inapplicavel quando a obrigação deixar de ser cumprida por caso fortuito ou força maior.

No art. 922, laconicamente diz o Codigo Civil que "a nullidade da obrigação importa a da clausula penal". "Subsistirá, porém", accrescentava, excellentemente, o *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 996, a que corresponde, em parte, o art. 664 do Codigo Civil argentino, "a clausula penal, ainda que haja nullidade por motivo da obrigação principal: 1°. Quando se contractar a obrigação por um terceiro, com a clausula de se incorrer na pena, se esse terceiro não aceitar o contracto. 2°. Quando se contractar em favor de um terceiro debaixo da mesma clausula".

No art. 924 cogitou-se do cumprimento *em parte*. E a execução por modo irregular? E a execução fóra do lugar proprio ou fóra do tempo devido? De tudo isto tratou o *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 998, de que o Projecto de Coelho Rodrigues, art 457, só extraiu o que se referia á execução parcial, mas foi integralmente traduzido pelo Codigo Civil argentino, art. 660, que tornou explicita a circumstancia de aceitá-la o credor, ainda que parcial, ou irregular, ou fóra de tempo.

O art. 925 não terá applicação, se indivisivel a pena ou se houver solidariedade (*Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.000, Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 1.071). Não terá applicação o art. 926 se indivisivel a pena (*Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 999).

ralmente, restituir-se-á o preço. E' a solução do Code Civil, art. 1.195, que não dispensou a remissão ao art. 1.302.

Depois do art. 897, poder-se-ia ter dito que não influe na solidariedade a differença de lugar de pagamento. Outro dispositivo que devemos considerar implicito é o art. 1.009 do *Esboço* de Teixeira de Freitas: "Não deixará tambem a obrigação de ser solidaria, ainda que um dos concredores, ou um dos devedores, tivesse incapacidade para adquirir o direito ou contrair a obrigação. A incapacidade de um dos interessados em nada influirá na validade da obrigação quanto aos outros".

O art. 899 devia accrescentar: perempta a instancia, readquire o devedor o direito de escolha. Porém, como nos demais casos, subentende-se isto.

O pagamento feito a um dos credores solidarios, a novação, a compensação e a remissão extinguem a divida (art. 900 e paragrapho unico). A lei não alludiu á coisa julgada. No B. G. B. § 429 3ª parte, remette-se ao § 425, que estabelece o criterio justo. Semelhante solução podemos tirar da comparação dos arts. 910, 898.

Não se alludiu, no art. 902, ás *custas judiciaes;* não só os juros são perdas e damnos decorrentes da mora.

A quem lê o art. 906 logo acode a pergunta: Se, remittida a divida, pessoalmente, a um dos codevedores, algum dos demais fôr insolvente, o credor remittente supporta, na parte correspondente ao devedor relevado, o prejuizo proveniente da insolvencia? Previu o caso o Codigo Civil japonês, art. 445. Ainda no art. 906, deixou-se de cogitar da transacção com um dos codevedores. Tambem foi omisso o B. G. B., mas recorre-se ao § 423. Em se tratando de transacção que importe pagamento, *reale Befriedung,* os effeitos serão necessariamente objectivos. B. G. B. § 422. No Codigo Civil, art. 1.031

§ 3º, reconhecem-se-lhe effeitos objectivos, mas está visto que não poderá abranger a transacção que só importar pagamento parcial ou remissão pessoalmente concedida, art. 906.

Não se applica o art. 909 quando algum dos outros devedores seja obrigado, a termo ou sob condição.

O art. 919 entende-se inapplicavel quando a obrigação deixar de ser cumprida por caso fortuito ou força maior.

No art. 922, laconicamente diz o Codigo Civil que "a nullidade da obrigação importa a da clausula penal". "Subsistirá, porém", accrescentava, excellentemente, o *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 996, a que corresponde, em parte, o art. 664 do Codigo Civil argentino, "a clausula penal, ainda que haja nullidade por motivo da obrigação principal: 1º. Quando se contractar a obrigação por um terceiro, com a clausula de se incorrer na pena, se esse terceiro não aceitar o contracto. 2º. Quando se contractar em favor de um terceiro debaixo da mesma clausula".

No art. 924 cogitou-se do cumprimento *em parte*. E a execução por modo irregular? E a execução fóra do lugar proprio ou fóra do tempo devido? De tudo isto tratou o *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 998, de que o Projecto de Coelho Rodrigues, art 457, só extraiu o que se referia á execução parcial, mas foi integralmente traduzido pelo Codigo Civil argentino, art. 660, que tornou explicita a circumstancia de aceitá-la o credor, ainda que parcial, ou irregular, ou fóra de tempo.

O art. 925 não terá applicação, se indivisivel a pena ou se houver solidariedade (*Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.000, Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 1.071). Não terá applicação o art. 926 se indivisivel a pena (*Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 999).

Ao art. 936 deve-se juntar o que dispõe a Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908, art. 44: o pagamento ao fallido é nullo de pleno direito; a incapacidade do fallido para receber pagamentos é decretada em beneficio dos credores. Não se trata, porém, de lacuna; tal disposição é de direito commercial.

No art. 938 fala-se em penhora. E os casos de *arresto* e de *sequestro?* Incluem-se no caso de opposição por terceiros. O *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.044, 2º, previa todos elles.

Lê-se no art. 950: "Effectuar-se-á o pagamento no domicilio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente; ou se o contrario dispuserem as circumstancias, a natureza da obrigação ou a lei". As circumstancias podem variar; é questão de facto verificar se dellas resulta a fixação do lugar para o pagamento. Quanto á "natureza da obrigação", deve ser, nas obrigações de dar ou de restituir corpo certo, se movel, o lugar em que se achava no dia em que foram contraidas; na prestação de dinheiro, devida por acquisição do devedor, se não for a prazo o pagamento, o lugar da tradição do objecto adquirido (*Esboço,* art. 1.060, Code Civil, art. 1.651, argentino, art. 749, italiano, art. 1.508).

O art. 957 foi inspirado no I Projecto alemão § 251, que se juntou, depois, ao § 250 e constituem o § 287 do B. G. B. Falta, na lei brasileira, o dispositivo sobre negligencia do devedor: o art. 957 só se refere á impossibilidade de prestação por caso fortuito, ou força maior. Mas é justificavel pelo argumento *a fortiori.* No art. 958 falta o dispositivo que corresponda ao B. G. B. § 303, referente á divida de restituição de immovel. — innovação do II Projecto alemão § 257. Tambem falta o § 301 do B. G. B., em que se diz que o devedor,

se está em mora o credor, não paga juros da divida productiva de interesses. Mas deve assim ser entendido, se bem que haja divergencia na doutrina (Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts,* vol. II, § 346, nota 7: "Der Schuldner kann zwar sagen, dass, wenn der Gläubiger angenommen hätte, er von der Zinsverbindlichkeit frei geworden sein würde; aber der Gläubiger kann erwidern, dass der Schuldner dafür im Genusse des zuleistenden Geldes geblieben sei"; Mommsen, *Lehre von der Mora,* pag. 288, que diverge). No mesmo art. 958 diz-se que o devedor tem direito de haver do credor em mora as despesas empregadas em conservar a coisa, mas esqueceu-lhe o *gasto a mais* pelo offerecimento inutil da coisa. O B. G. B. § 304 prevê isto: "Der Schuldner kann im Falle des Verzugs des Gläubigers Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen musste".

Purgada a mora do devedor (art. 959, I), fica o credor em mora, se recusa: duas *moras* não poderiam existir, ao mesmo tempo, dizem os escriptores dos Seculos XVI, XVII (Valasco, Cardoso, Domingos Antunes Portugal). A lei não no diz; mas assim é. A mora pode ser purgada, ainda durante a acção contra o devedor.

O art. 964 não previu outros casos de erro no pagamento, dos quaes alguns insertos no *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.030: 1) se a obrigação for de dar uma coisa certa, e o devedor pagar o credor entregando-lhe uma coisa por outra; 2) se a obrigação for de dar coisa incerta, só determinada pela sua especie, ou se for alternativa, e o devedor pagar suppondo que está sujeito a uma obrigação de dar coisa certa, ou entregando ao credor todas as coisas comprehendidas na al-

ternativa; 3) se a obrigação for alternativa, competindo a escolha ao devedor, e este pagar como se competisse ao credor; 4) se a obrigação for divisivel e o devedor pagar por inteiro, como se fôra solidaria; 5) quando pagar o que já havia pago; 6) quando pagar o preço de coisa que não pertencia ao alienante.

Não se criam a figura do enriquecimento illicito, como apparece no B. G. B. § 812 e seguintes, e na lei suiça, art. 62. Dentre os muitos casos, só se refere ao "pagamento indevido", art. 964-971. Entende, porém, Clovis Bevilaqua, autor do Projecto, que "não estão sem providencia, no Codigo, esses casos, como não estão todos os outros possiveis". No art. 965, não se alludiu a doações *ultra vires hereditatis*. Ainda no art. 965: *a*) Devia alludir ao erro ou *duvida*, porque a duvida, aí, se equipara ao erro (Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. II, § 426, n. 3). *b*) Outrosim, á ignorancia de uma excepção ou a crença de não na poder provar (Windscheid, nota 15). *c*) Não se falou nos pagamentos em que, ainda existindo erro, não se dá a repetição do indevido (Rückforderung des nicht Geschuldeten): erro na *causa donandi*, e não na *causa debendi;* quando se tratar de transacção e o engano consistir na extensão dos direitos. Mas cogitou-se das excepções dos arts. 970 (divida prescripta, obrigação natural), 971 (fim illicito, immoral ou prohibido por lei).

No art. 975 fala-se da citação do credor no caso de consignação. Se impossivel a citação do credor? O B. G. B. previu isto (§ 374): "die Anzeige darf unterbleiben, wenn sie unthunlich ist". No art. 977 faltou o caso de declaração de renuncia ao levantamento, explicito no B. G. B. § 376 2ª alinea n. 1.

No art. 985 não apparece, como devia apparecer, a subrogação em favor de quem é executado por divida alheia.

Ao art. 991, poder-se-ia ter dito: quando o termo é estipulado em favor do devedor, pode ser feita a imputação do pagamento. Cp. L. 70, D., 46, 3. No art. 994, o criterio do Codigo Civil é o seguinte: se o devedor não fizer a imputação e a quitação for omissa, imputar-se-á o pagamento quanto: 1) ás dividas liquidas e vencidas; 2) ás primeiro vencidas; 3) ás mais onerosas. Se forem todas igualmente onerosas? O meio unico de preencher a lacuna do Codigo é recorrer ao Codigo Commercial, art. 433, 4°, isto é, á solução *pro rata*.

Ao art. 998 convém juntar o que dizia o *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.120: "O representante necessario ou voluntario do credor, posto que tenha poderes especiaes para receber do devedor e dar-lhe quitação, não está autorizado para aceitar pagamento por entrega de bens". Passou isto ao Codigo Civil argentino, art. 782. Não no incluiu o brasileiro. Mas, de acôrdo com o art. 1.295 § 1°, a solução deve ser a mesma.

Seria util declarar, no art. 1.013, que a compensação invocada pelo fiador não retroage á data da divida: opera quando o fiador a invoca. Além do que dispõe o art. 1.021, lê-se no *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.181: "Não são compensaveis, entre o devedor cedido e o cessionario, creditos que sejam posteriores á cessão notificada; e outrosim não haverá compensação entre o devedor cedido e os cessionarios intermediarios".

No art. 1.035, diz-se que sómente quanto a direitos patrimoniaes de caracter privado se permitte a transacção. Tambem não será permittida quando se tratar de bens inalienaveis ou fóra do commercio (cp. Codigo Civil argentino, art. 844).

extingue a obrigação do devedor principal". Code Civil, art. 1.301 1ª e 2ª alineas; argentino, art. 865.

Ao art. 1.053 podemos oppor que a entrega do titulo ao devedor não é a unica fórma de remissão de divida. Pode consistir em declaração escripta, ainda *mortis causa*.

A prova do caso fortuito ou força maior (art. 1.058 paragrapho unico) incumbe a quem allega.

Antes ou depois do Titulo III (art. 1.065-1.078) faltou o instituto da cessão de dividas passivas, *Schuldübernahme* (B. G. B. §§ 414-419). Quer isto dizer que não na tenha o direito brasileiro? Alguns entendem que sim; outra tem sido a nossa opinião. O facto de não regular a lei um instituto significa que o prohibe? Certo, melhor fôra que o houvesse regulado; um dos pontos considerados de urgencia na revisão da lei suiça de 1881 foi a *Schuldübernahme*: "Des modifications de fond et des adjonctions ne seront proposées que sur les points où l'urgencè d'une revision est incontestable. C'est le o instituto da cessão de dividas passivas, *Schuldübernahme* qui est passée sous silence dans le Code des Obligations, mais qui constituera l'un des compléments indispensables au régime adopté, dans le Code Civil, pour le gage immobilier".

Faltam regras correspondentes aos §§ 306, 307 do B. G. B. (impossibilidade da prestação), que o art. 1.091 subentende. Demais, o lugar seria no Titulo I do Direito das Obrigações, para que tambem se applicassem ás declarações unilateraes de vontade.

No art. 1.098 não se disse como se distinguirão o contracto em favor de terceiro com direito autonomo deste e o em que o direito do terceiro não é autonomo (B. G. B. § 328 2ª alinea; Lei suiça de 1911, art. 112). Tambem não ha regras que correspondam aos §§ 329-331, 333, 334 do B. G. B.

Seria util dizer, sob o art. 1.095, que, na duvida, se presume não terem as partes o direito de arrepender-se. O B. G. B. § 336 2ª alinea diz: "Die Draufgabe gilt im Zweifel nicht als Reugeld". Dá-se o contrario no Code Civil, arts. 1.590, 1.714; mas o systema do Codigo Civil brasileiro é o do B. G. B. As arrhas não significam que se possa resilir o contracto, perdendo-as.

Sob o art. 1.107 (evicção), seria mais seguro inserir o § 443 do B. G. B.: "Eine Vereinbarung, durch welche die nach den §§ 433 bis 437, 439 bis 442 wegen eines Mangels im Rechte dem Verkäufer obliegende Verpflichtung zur Gewährleistung erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt". Aliás será immoral a interpretação que o não considere implicito no Codigo Civil.

No art. 1.123 fala-se em *terceiro;* devia dizer-se *terceiro* ou *terceiros.* Admittindo-se que a lei permitta mais de um terceiro, se os arbitros discordarem, de modo que nenhum preço tenha maioria, como se ha de resolver? Se nenhum preço conseguiu maioria absoluta de votos, queria o *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 2.006, que fosse nulla a venda, salvo superveniencia de acôrdo. Se, depois do contracto (art. 1.123), uma das partes não designar ou não concordar com a designação do terceiro? O *Esboço,* art. 2.004, resolvia pela intimação para que a parte nomeie ou approve a nomeação do designado pela outra. Ainda assim, restava uma questão: se não comparecesse a outra parte? Certamente nomeá-lo-ia o juiz, ou teria por approvado o que se nomeou.

No art. 1.128, não se previu o caso do registo do immovel antes da tradição. O B. G. B. § 446 2ª alinea resolveu a questão, e ganharia o Codigo em deixá-lo claro: "Wird der

Käufer eines Grundstücks vor der Uebergabe als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen, so treten diese Wirkungen mit der Eintragung ein".

No art. 1.138 faltou, como excepção, o caso da doença contagiosa, que deve permittir a rejeição de todos os animaes comprados ao mesmo dono de rebanho, ainda que a venda se tenha feito separadamente (*Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 3.591).

Quanto ao art. 1.148, entenda-se que, se o comprador alinear a coisa adquirida por venda a contento, se ha de considerar perfeita a compra.

No art. 1.150 falta regra geral sobre o direito de preempção em ajuste autonomo ou em legado (cp. Schollmeyer, *Einzelne Schuldverhältnisse,* pag. 24). Usa-se, mas a rotineira applicação da lei pode tirar da omissão do Codigo argumentos contrarios. Seria melhor evitar a duvida. Scientificamente, esta e outras lacunas não são, propriamente, lacunas; porém a educação não-scientifica, viciosa, dos juristas, cria no legislador a necessidade de defender, delles, a lei.

Quanto ao art. 1.167, cumpre advertir que dotes e doações para casamento entram na classe das doações com encargo (cp. *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 2.121). Mas neste mesmo artigo nada se disse sobre a doação para determinado fim, *Zweckschenkung;* praticamente, a distincção é de importancia (cp. Cosack, *Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts,* vol. I, § 140, II).

No art. 1.180 paragrapho unico, deve subentender-se o *auch* (tambem) do § 525 do B. G. B. A disposição brasileira provém do II Projecto alemão § 472 2ª alinea, onde, aliás, já existia o *auch.*

Ao art. 1.198 cumpre perguntar: se são mais de um os locadores ou mais de um os locatarios? Ter-se-á de examinar se ha, ou não, solidariedade. No B. G. B., que adopta a denuncia, no caso de morte do locatario, § 569, veja-se o § 356.

O *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 2.521, fonte do Codigo Civil, art. 1.203, accrescentava: "Não se resolvem as sublocações se a locação tiver cessado pela confusão, isto é, pela reunião na mesma pessoa da qualidade de locatario, proprietario, usufructuario, ou emphyteuta, da coisa alugada ou arrendada".

No art. 1.208 recebeu-se a doutrina francesa em materia de incendio da coisa locada, porém não se trasladou a parte final do Code Civil, art. 1.734: "(Au moins) que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux, auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus". Mas havemos de tê-lo como implicito no art. 1.208.

O art. 1.238, 2ª parte, provém do Projecto de Coelho Rodrigues, art. 777, que o concebeu. Mas excluiram o art. 778, que o completava e ha de se subentender (art. 778): "Se, porém, a obra foi depositada por conta da pessoa, que está em mora de recebê-la, correm por conta desta todos os riscos supervenientes".

No art. 1.258, falta regra que corresponda á 2ª alinea do art. 1.822 do Codigo Civil italiano, que dispõe: "Se viene alterato il valore intrinseco delle monete, o queste non si possono ritrovare, o sono messe fuori di corso, si rende l'equivalente al valore intrinseco che le monete avevano al tempo in cui furono mutuate". Cp. português, art. 725.

Ao art. 1.285 devia accrescentar-se: "eximem-se da responsabilidade do art. 1.285 os hospedeiros e estalajadeiros, se houver convenção expressa com os hospedes (*Esboço* de Tei-

xeira de Freitas, art. 2.690, cp. Codigo Civil chileno, art. 2.247); porém não têm effeito juridico as simples declarações unilateraes afixadas em quaesquer pontos do estabelecimento (B. G. B. § 701 3ª alinea), nos recibos, papeis, livros ou contas".

O art. 1.305 inspirou-se no *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 2.956; devera transcrever-lhe a 2ª alinea: "Ordens reservadas, ou instrucções secretas, do mandante, não terão influencia alguma sobre direitos de terceiros, que contractaram em vista da procuração, ordens, ou instrucções, que lhes foram apresentadas". Assim, o Codigo Civil argentino, artigo 1.938, 2ª parte.

Depois do art. 1.307 ou, melhor, depois do art. 1.090, devera apparecer dispositivo que correspondesse ao B. G. B. § 181 (Selbskontrahieren).

O art. 1.307, 1ª alinea, foi inspirado no *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 2.959, que é anterior ao Codigo Civil italiano. Seria util accrescentar o que dizia o art. 2.959, 2ª alinea: "Em caso de duvida de ter figurado em nome do mandante, ou em seu proprio nome, attender-se-á á natureza do negocio e ás circumstancias". Cp. B. G. B. § 164 alinea 2ª (*Offenheitsprinzip*).

Antes do art. 1.313, entre os arts. 1.305 e 1.306, devia dizer-se o que se lê na Lei suiça, art. 397, ou no B. G. B. § 665. Diz a lei suiça: "O mandatario que receber instrucções precisas, dellas não pode afastar-se, salvo quando as circumstancias não lhe permittam obter a autorização do mandante e quando cabe admittir-se que este o autorizaria se estivesse ao corrente da situação". Disposição util, pratica, que resurge no B. G. B. § 665: "O mandatario é autorizado a afastar-se das instrucções dadas pelos mandantes quando pode

concluir das circumstancias que este, se conhecesse o estado das coisas, lhe approvaria o modo de proceder. Mas, antes de o fazer, deve avisar o mandante e esperar a sua decisão, se não ha perigo na demora".

No art. 1.316 II-IV, devem-se reputar implicitas as regras seguintes: a extincção da personalidade juridica ou a dissolução das sociedades equipara-se á morte da pessoa physica; o mandato constituido pelo fallido mantém-se emquanto não revogado pelos syndicos da fallencia e o que se lhe confere extingue-se desde a data de declaração da fallencia (Lei numero 2.024, de 17 de dezembro de 1908, art. 52); no caso de condição resolutiva, quando se dér o acontecimento a que se liga a resolução.

Nos casos do art. 1.317, I-II, a morte não extingue o mandato (*Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 3.038, 2°), ainda nos casos em que isto se tenha convencionado (1°).

O art. 1.336 devia accrescentar: Se a gestão de negocios teve por fim evitar perigo imminente, só responde o gestor por dolo ou culpa grave. Cp. *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 3.430 § 3°, B. G. B. § 680. O art. 1.340, paragrapho unico, presta-se a interpretação que favoreça a boa doutrina. Tambem falta a referencia á gestão de negocios quando a justifique a execução ligada ao interesse publico (B. G. B. § 679).

No art. 1.347 (contracto de edição), não ha regra correspondente ao Codigo Civil austriaco, § 1.170, á lei suiça, art. 393, ou á lei alemã, § 47. Diz a lei suiça: "Quando um ou muitos autores se obrigam a compor uma obra segundo plano que lhe apresentou o editor, só podem pretender aos honorarios convencionados. O direito de autor pertence, então, ao

editor". Outras soluções, talvez mais justas, poderiam ser adoptadas; a lacuna, porém, é prejudicial.

Ao art. 1.350 devera accrescentar-se: não pode o editor reeditar a obra sem avisar o autor, afim de que este, no que julgar conveniente, corrija, altere ou augmente a obra (Projecto de Coelho Rodrigues, art. 850, § 2º, inspirado na lei suiça de 1881, art. 379).

Tambem não se consignam as regras da lei suiça de 1911, art. 389, 3ª alinea, e da lei alemã de 1900, § 25, alinea 1ª. A revisão do art. 1.354, afim de attender ás prestações dos *Freiexemplare*, — exemplares de abono, como bem diriamos em português, — tambem deverá cogitar, em regras especiaes, das obras collectivas (*Sammelwerke*), e das separatas (*Sonderabzüge, Sonderdrucke*), que se não podem reger pela mesma norma relativa aos *Freiexemplare*. Em todo o capitulo sobre o contracto de edição, ha muito que colher na lei alemã e na literatura posterior, e será possivel introduzir regras que a experiencia apontou ou constituem avanço na evolução juridica, regras ainda não apparecidas em leis.

Outra lacuna, verdadeiramente séria, do Codigo Civil é quanto ao cinematographo; as regras do contracto de edição são-lhe applicaveis, mas conviria attender a certas particularidades e dedicar-lhe tres ou quatro artigos uteis e novos. Não fica bem a um Codigo que surgiu em 1916 ignorar as importantissimas relações economicas e juridicas que a cinematographia criou. Tambem seria facil regular o direito de autor em assumpto de radio.

No art. 1.366 deixou-se a seguinte questão: Se o socio invoca a existencia da sociedade contra terceiros? A lei nada disse, mas devemos entender que exija a prova por escripto (Codigo Commercial, art. 303).

Lê-se no art. 1.403: "Se o contracto estipular que a sociedade continue com o herdeiro do socio fallecido, cumprir-se-á a estipulação, toda vez que ser possa; mas, sendo menor o herdeiro, será dissolvido, em relação a elle, o vinculo social, caso o juiz o determine". A lei devia dizer, expressamente, que o juiz seria o da jurisdicção do menor, juiz da tutela ou do inventario, e não o da liquidação, como, desacertadamente, se tem praticado.

No art. 1.426, diz-se que os bens dados em compensação da renda caem, desde a tradição, no dominio da pessoa que por aquella se obrigou. Devia accrescentar: "ou da transcripção, em se tratando de immoveis".

No art. 1.515 (*Auslobung*), algumas questões se levantam. Se o premio fôr um *titulo de descobridor* ou de *invento*, por exemplo? A' natureza delle repugna o sorteio: os interesses moraes não devem ser submettidos a taes processos lotericos. Ha duas soluções possiveis: sortear a *posse* do titulo e conferi-lo a *todos;* conferir a um, por sorteio, mas com expressa declaração de que houve simultaneidade. Passemos á segunda questão. Qual a especie de sorteio e como se deve proceder a elle? Nem o Codigo Civil, nem o B. G. B. cogitou disto. Qualquer sorteio será bom, desde que: *a*) seja assegurada a mesma probabilidade a todos os autorizados ao sorteio; *b*) haja possivel fiscalização por parte de todos, pessoalmente ou por procurador.

O art. 1.515 § 2º trata da indivisibilidade da recompensa, mas não se interessa pelo caso de clausula expressa ou tacita da propria *Auslobung*. Já o I Projecto alemão § 583 dizia: "Ist eine solche Berechtigung durch die Beschaffenheit der Belohnung ausgeschlossen oder ergiebt die Auslobung, dass nur

einer die Belohnung erhalten soll, so entscheidet unter den Mehreren das Loos".

Os autores do Codigo Civil não interpretaram as palavras *Theilen* e *Antheilen* do I Projecto alemão; ignoram o II Projecto e o B. G. B., tanto assim que cogitaram da *multipla* execução da acção (mehrmalige Vornahme der Handlung), para que se prometteu a recompensa, porém não se preoccuparam com o § 660 do B. G. B., tirado do II Projecto § 591, que concerne á *collaboração de muitos na acção* (Mitwirkung Mehrerer zum Erfolge).

No art. 1.519 declara-se: "Se o dono da coisa, no caso do art. 160, II, não for culpado do perigo, assistir-lhe-á direito á indemnização do prejuizo, que soffreu". "Salvo", devia accrescentar-se, "se o damno maior seria ao proprio dono da coisa ou ao seu patrimonio".

No art. 1.528 falta a regra de responsabilidade no caso de vicio da construcção (Code Civil, art. 1.386).

No art. 1.593 fala-se em "diligencias legaes". Quaes são? Se recorremos ao direito anterior, Decreto n. 2.433, de 15 de junho de 1859, art. 32, saberemos que, feita a arrecadação e postos os bens em administração, o juiz mandará afixar editaes, chamando os herdeiros a que venham habilitar-se.

No art. 1.627 trata-se dos incapazes de fazer testamento. Pergunta-se: e o delirio febril, a embriaguez, etc.? São *questões de facto*: provada a incapacidade, é nullo o testamento, como seria qualquer acto juridico. Mas a lei não no disse e devia dizê-lo.

O art. 1.650 cogitou das pessoas que não podem ser testemunhas em testamentos. Incluiu os legatarios; deveremos entender: *legatarios*, seus ascendentes e descendentes, irmãos e

conjuges. Não ha razão na differença entre o n. IV e o n. V do art. 1.650.

O testamento maritimo caducará, se o testador não morrer na viagem, nem nos tres meses subsequentes ao seu desembarque em terra, onde possa fazer, na forma ordinaria, outro testamento (art. 1.658). E' preciso advertir que a nova viagem, antes de se completarem os tres meses, interrompe o prazo do art. 1.658. Cp. Code Civil, art. 994 *in fine*.

No art. 1.683 não se comprehende o que accidentalmente se achar no lugar indicado, porém que alli não foi collocado pelo testador tendo em vista o legado (Ferreira Alves, no *Manual do Codigo Civil,* vol. 19, n. 92).

No art. 1.685, sobre *legatum liberationis,* duas regras seriam assaz uteis. Para se entender perdoada a divida, basta que o testador mande entregar o titulo ou o penhor (*Preuss. Allg. Landrecht,* Parte I, tit. 12, art. 427). Se, por morte do testador, nada deve o legatario, caduca o legado (Parte I, tit. 12, art. 440).

O art. 1.743 permitte grave duvida: emquanto não se provar a verdade da causa que determinou a desherdação, a quem cabe a posse da herança? Ao desherdado, não: está excluido. Ao herdeiro instituido, tambem não: tem, pelo art. 1.743, de provar a causa. A solução deve ser a que, contra Gouvêa Pinto, sustentava, no direito anterior, Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis,* nota 27 ao art. 1.013: ficarem os bens da herança em deposito, ou na posse do inventariante, ou de outrem, nomeado pelo juiz, até que se decida sobre a validade da desherdação. Parece bem ajustar-se ao art. 507 paragrapho unico do Codigo Civil.

O art. 1.749 sómente fala do testamento *cerrado* (art. 1.638), mas ao *particular* (art. 1.645), como áquelle, tam-

bem se ha de applicar a regra. Cessa a presumpção do art. 1.749, se se provar que a viciação foi praticada por outrem, ou que o não foi com o proposito de o revogar (Mello Freire, *Institutiones Juris Civilis Lusitani.* Lib. III, tit. 5, § 50).

O art. 1.752 permitte que se pergunte: se o testador prevê, no proprio testamento, o caso de existirem filhos ou de sobrevirem? O Codigo Civil venezuelano, art. 942, que seguiu a lição do italiano, art. 888 3ª alinea, cogitou disto. Diz este: "La rivocazione non ha luogo qualora il testatore abbia provveduto al caso che esistessero o sopravvenissero figli o discendenti da essi". Outra não deve ser a solução do Brasil.

Se o testador nomeia testamenteiro o herdeiro ou legatario e fixa-lhe premio, não cabe applicarem-se a um ou a outro os arts. 1.766 e 1.767 (Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis,* nota 55 ao art. 1.140).

Ainda mais: podem as circumstancias e a inducção mostrar que, na especie, não se applicam. A regra é de caracter *interpretativo* da vontade do testador.

As *cartas de consciencia* derivaram, juridicamente, da L. 38, D., 35, 1, e L. 25, D., 34, 5. Nestes textos apoiaram-se os jurisconsultos para as attender no direito anterior ao Codigo Civil. Certamente, é impossivel prohibi-las: o testamenteiro ou herdeiro, que as recebeu, deve cumpri-las; mas, para evitar explorações, contra as quaes já se reclamava no seculo passado, deixa de considerá-las, juridicamente, o Codigo Civil. Já a Resolução de 26 de julho de 1813 tinha por sem validade as avulsas, a que se não faz menção no testamento; mas bastava que attendesse a ellas, para que valessem. E o governo imperial, pelo Conselho de Estado, reputava "injusta a interdicção de actos semelhantes na occasião mais seria em que o

testador combina deveres sociaes com os da religião e da consciencia".

A ellas não se refere o nosso direito. Mas, frutos da vida, reapparecem, de quando em quando, na vida pratica forense. Que ha de fazer o Juiz? Abri-las, e mandar que as cumpram? Desprezá-las, como inoperantes escriptos? No direito anterior, nem os proprios juizes podiam obrigar os testamenteiros a mostrá-las, ainda que só a elles e depois de cumpridas. Certamente, foram abolidas; mas podem ser elementos para a boa applicação das verbas e entendimento da vontade do testador. Figuremos o caso: no testamento está escripto que ao testamenteiro caberão cem contos, para que, com elles, cumpra o que lhe ordenou na carta que se encontra annexa ao testamento, ou em determinado lugar. Não é nulla a verba, e a applicação seria illudida, se não attribuissemos á carta algum valor de "instrucções secretas", tambem permittidas no mandato, art. 1.313.

214. Incorrecções. — Tratemos de alguns senões do Codigo Civil.

A pratica multisecular da legislação escripta deu aos povos occidentaes a faculdade de criticar, de apreciar e de julgar as suas leis. Os criterios, que emprega, sociologicos ou de technica juridica, permittem ao homem dos nossos dias debruçar-se sobre a propria civilização que o rodeia, e censurar, ou applaudir, a elaboração, a exegese, a applicação da lei. Não é possivel a nenhum Codigo, a nenhuma lei, escapar a este exame dos seus resultados, da sua opportunidade ou do seu gráo de evolução na technica legislativa. Seria estulta pretensão crer perfeito o Codigo Civil. Certo, entre o *Code Civil* e elle medeia mais de um seculo, porém a sciencia que se elaborou desde o *Preussisches Allgemeines Landrecht*, o Codigo Civil

austriaco e o *Code Civil* não bastou para assegurar a feitura de leis perfeitas. Nem é isto o que exigiriamos ao Codigo; o que lhe podemos censurar é afeiar o seu systema, a sua discreta e sobria physionomia literaria e juridica, com alguns pontos fracos, algumas impropriedades graves, algumas medidas desacertadas.

Scientificamente, desejá-lo-ia *differente* em muitos dispositivos, capitulos e titulos; mas, ainda aceitando-o como está, *como saiu do Congresso Nacional,* como *é,* podemos apontar, aqui e alli, alguma coisa, que facilmente se corrigiria, e a propria praxe — o juiz — poderia corrigir, se mais adeantada e menos classica, menos rotineira, menos preoccupada, ou com a letra ou com o espirito da lei, ou com o mediocre meio termo entre uma e outro, já se achasse, entre nós, a pratica de julgar e de applicar a regra juridica.

São estes pequenos erros que vamos enumerar, com brevidade, afim de podermos avaliar o grande merito, que teria, escoimado de taes senões, o Codigo de 1916.

Tanto que appareceu, e antes até de entrar em vigor, procedemos do mesmo modo e tivemos o prazer de ver realizadas as corrigendas que desejaramos e se nos afiguravam, no momento, as mais urgentes.

No systema do Codigo Civil, ha a "incapacidade absoluta" (art. 5) e a "relativa" (art. 6). A primeira concerne á incapacidade de negocio, ou incapacidade civil geral (*Geschäftsfähigkeit*), e a outra á incapacidade para certos actos, em que o incapaz pratica o acto juridico, com a approvação de outrem (*beschränkte Geschäftsunfähigkeit*). No direito alemão, ha dispositivo sobre a *Deliktsunfähigkeit.* Não o ha no brasileiro. O legislador considera *handlungsunfähig* os "absolutamente incapazes". Tanto que suppôs isto, e reputou indispensavel o art. 156, que constitue excepção á re-

gra da incapacidade. Ora, sendo assim, e a doutrina assenta, deste modo, a interpretação do Codigo, tem-se a irresponsabilidade pelo delicto civil do maior de 7 ou 8 annos até 16, o que é absurdo. No B. G. B., § 828 2ª alinea, só se exclue, incondicionalmente, a responsabilidade, até os 7 annos; depois, é possivel a prova do discernimento. Se compararmos os dois Codigos, veremos que o B. G. B., nos § 828 2ª alinea, adoptou regra acertada, mas, no § 106, permittiu, cedo de mais, a capacidade restricta (*beschränkte Geschäftsfähigkeit*): a idade que justifica o começo da *Deliktsfähigkeit* não tinha de ser, necessariamente, a da *beschränkte Geschäftsfähigkeit*. No Codigo Civil, a regra sobre a "capacidade relativa" é bôa: a *beschränkte Geschäftsfähigkeit* começa aos dezeseis annos (artigo 6). Applicada, porém, á responsabilidade pelos actos illicitos, a norma cria o absurdo de serem irresponsaveis pelo damno pessoas que tenham attingido, por exemplo, os quinze annos. Era aqui que interpretação sabia poderia intervir: e criar, livremente, a solução para os casos de menores que estejam, por exemplo, entre os quatorze e os dezeseis annos. Esta regra, scientificamente revelada, devolve á psychologia normal e pathologica a questão, e equivaleria, com a differença de maximo de idade (dezoito, B. G. B. § 828 2ª alinea; dezeseis, Codigo Civil, art. 6, I), ao que se adoptou no direito alemão.

No art. 451, dispõe o Codigo que, pronunciada a interdicção do surdo mudo, o juiz assignará, segundo o desenvolvimento mental do interdicto, os limites da curatela. Temos, pois, eventualmente, caso de "incapacidade relativa" não previsto pelo art. 6. Se attendermos a que este interdicto pode ter tido discernimento para o acto illicito, não poderemos deixar de corrigir a lei na sua riqueza de principios *a priori* para a equiparação da *Deliktsfähigkeit* á *Geschäftsfähigkeit*. O art. 5, conforme já

dissemos, postula a *Handlungsunfähigkeit* dos surdos-mudos.

Ainda no art. 6, II, não se comprehende a inclusão da mulher. Certamente, se falassemos *de lege ferenda*, censurariamos a construcção mesma do direito de familia seguido pelo Codigo, mas, admittido o seu systema, neste mesmo não se justifica a referencia á mulher entre os incapazes. Trata-se de emenda do Projecto revisto, art. 6, 2°, e destoante das idéas que expôs Bevilaqua, nas *Observações* preliminares do seu Projecto.

Ainda em assumpto de capacidade, o Codigo confundiu emancipação e *venia aetatis*. Temos, pois, o pae ou a mãe com poderes de declarar a maioridade dos seus filhos. Tambem disto não cabe a culpa a Clovis Bevilaqua. No direito romano, a emancipação extingue a *patria potestas*, mas o emancipado não fica maior. Só a *venia aetatis* tem este effeito (*Jahrgebung*, "supplemento de idade" das *Ordenações*). E' funcção majestatica, em Roma, no direito alemão, no luso-brasileiro, no brasileiro. Ora cabe a imperadores, a reis, ora a senhores territoriaes, a juizes. O pae não tinha este poder de "dispensar" a idade. No Seculo IX, os principes lombardos, como, no Oriente, o *magistratus* com *iurisdictio plena* exercitam, como poder proprio, a concessão da *venia aetatis*. No direito alemão, talvez provenha do Seculo XIII (rei Otto IX, 10 de fevereiro de 1212). Cita-se o caso de um pae que determinou em testamento a maioridade do filho; mas seriam nenhuns os effeitos (1). Te-la-emos por leis ou por direito costumeiro, por deliberação do povo ou da aristocracia, como a de reis e imperadores, inclusive Pedro II, do Brasil. O

(1) W. TH. KRAUT, *Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deut. Rechts*, vol. II, pag. 89; W. SUCHIER, *Geschichte der venia aetatis in Deutschland for* 1900, pag. 116.

"pardon de lor aage", de que, por volta de 1260, fala Pierre de Fontaines, não pertencia ao pae. Só na Suiça, antes do Codigo, havia o costume de attribuir effeitos de *venia aetatis* á emancipação, mas Huber reagiu contra esta deturpação perigosa dos institutos (1). No direito brasileiro, a emancipação sempre foi mera saida do patrio poder (Ord., Liv. I, tit. 88, § 6; Liv. IV, tit. 50, § 2, e tit. 87, § 7; Liv. I, tit. 3, § 7; Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 4; Decreto de 15 de março de 1842, art. 5, § 1°; Provisão de 25 de setembro de 1787). Dependia de "carta de emancipação", passada pelo Juiz de Orphãos. Havia, nitida, a distincção entre emancipação e *venia aetatis* (supplemento de idade), tanto assim que se dava tutela ao emancipado (do mesmo modo todos os Codigos contemporaneos); ao passo que o *supplemento de idade* (*Volljährigkeitserklärung*) fazia terminar a propria tutela (Ord., Liv. I, tit. 88, §§ 27, 28; Liv. III, tit. 9, § 3, e tit. 42, § 1). Precediam a justificação de siso e discriminação para reger os bens (Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 4, Reg. de 15 de março de 1842, art. 5, § 2). Não se trata de simples questão de systematica, mas de evolução social: passar ao pae um poder publico, que interessa profundamente a ordem social e terceiros, é retroceder evidentemente. E no momento em que o patriarcalismo do direito brasileiro soffria a entrada do art. 394 (B. G. B. §§ 1666, 1667), constitue incoherencia confundirem-se a emancipação e a *venia aetatis*. Temos visto emancipações contra a vontade do filho, contra o interesse delles; no dia seguinte, nada por elles pode fazer o juiz. Afeia o Codigo, "patriar-

(1) *Exposé de motif de l'avant projet*, Berne, 1901, pag. 56. Tambem em Portugal, a linguagem vulgar e das leis usa ás vezes um termo por outro, porém não se confundiam os institutos. Cp. DOMINGOS ANTUNES PORTUGAL, *Tractatus de Donationibus*, Lisbôa, 1678, Liv. II, cap. 19, n. 3.

caliza" o direito (que tende a "socializar-se" em vez de apertar-se nos pequenos circulos egoistas, autonomos, da familia), e desserve, fartamente, á ordem social.

O erro do art. 9 paragrapho unico I provém do Projecto de Coelho Rodrigues, arts. 2.283-2.287. Talvez fruto de erronea expressão do Codigo Commercial, art. 1 § 2º. A Commissão que examinou o Projecto de Coelho Rodrigues, acertadamente lhe censurou o engano: "A emancipação tem, para o projecto, significação muito differente daquella que todos até aqui lhe têm attribuido. No rigor de direito, emancipação quer dizer solução do patrio poder: emancipados são todos aquelles para os quaes se tem rompido o vinculo de subordinação ao poder do pae, sem attenção ao motivo, ou á idade e condição. Uma expressão erronea, infelizmente adoptada em texto legislativo (art. 1º § 2º do Codigo Commercial), deu lugar ao emprego do vocabulo em significação diversa da juridica, com applicação ao menor supplementado, isto é, munido do supplemento de idade. O Projecto abandona a significação technica, adopta a que foi produzida pelo erro de applicação, modifica-a um pouco, e apresenta, com o mesmo nome, criação inteiramente nova para o direito: a emancipação quer dizer capacidade para os actos de simples administração (art. 2.283)". Eram graves as consequencias. Se o pae não concedesse? Ainda hoje o Codigo não fala nisto, mas nem por isto tem o juiz deixado de *supplementar idades,* ainda quando o pae não emancipa. Era, como dizia a commissão, "verdadeiro retrocesso". Coelho Rodrigues respondeu que copiara ao Codigo Civil italiano, arts. 310 e 322, mas tambem alli não tem a emancipação o effeito de *venia aetatis.* Mesmo a emancipação pelo facto do casamento não livra o menor da curatela (art. 315) e assim nos demais casos (art. 314). Era isto o que queria o autor do Projecto. Erro, pro-

fundo erro, só o Codigo o commetteu; e vae repercutir nos arts. 392 II, 442, 1.289, 1.298, 1.325.

Mandou-se inscrever no registo civil a "emancipação e a declaração de ausencia"; seria conveniente extender a exigencia á adopção. Foi o que fez a Lei do Registo Civil.

No resto da Parte Geral, que é a melhor porção do Codigo, não ha, propriamente, incorrecções; existem, porém, alguns artigos menos felizes, outros em lugar improprio, como o art. 156, que pertence ao Titulo II (actos illicitos), constitue a unica regra especial do Codigo sobre capacidade delictual no direito civil e nada tem com a theoria das nullidades, onde se acha mettido. no art. 166 dão-se regras geraes que se referem á prescripção e esta abrange a prescripção e a decadencia ou preclusão, a que as regras não se applicam. Seria conveniente ter dito alguma coisa sobre os prazos preclusivos; mas a doutrina poderá, facilmente, fazer a distincção e firmar as consequencias theoricas e praticas.

Se bem que o art. 207 considere de "nenhum effeito" o casamento nullo, dá-lhe, adeante, dois. Seria conveniente alludir, de passagem, aos arts. 183 XIV, 405.

No art. 258 paragrapho unico III e IV, ha uma grave injustiça: não se admittiu, para os orphãos tutelados e para as pessoas que casam com supplemento judicial de consentimento, outro regime que não seja o da separação de bens. Ora, ás vezes, o regime da communhão seria o mais proveitoso para o menor (menor pobre e conjuge rico) ou o da communhão limitada (menor pobre e conjuge pobre, mas de grandes lucros proximos). A interpretação de que o juiz não pode preferir outro regime leva-o, ás vezes, a ordenar o mal, conscientemente. Seria possivel entender menos dura, menos rigida, a lei, mas, deante da inercia da exegese judiciaria, impõe-se a corrigenda da lei.

Nos arts. 259, 269 I, 270 I e V, diz-se "na constancia do casamento", mas deve entender-se "na constancia da sociedade conjugal", porque o regime depende desta, e não daquelle (art. 315, 322).

A fixação da idade de cincoenta annos prejudicou o instituto da adopção; mais acertado seria estabelecer a idade minima de quarenta annos, Codigo Civil suiço, art. 264, ou attender á precocidade e envelhecimento rapido na civilização tropical, firmando-a em 35. Os casamentos no Brasil fazem-se entre 20 e 30 annos; a existencia é curta: aos 35 ou 40 a adopção prestará maiores serviços. Na recente revisão do Codigo Civil austriaco diminuiu-se para 40.

Declara-se, no art. 392 IV, que a adopção extingue o patrio poder, quando, em verdade, na systematica do Codigo Civil, só o desloca; e melhor o diz o art. 378: "o patrio poder. que será *transferido* do pae natural para o adoptivo".

Os arts. 430, 413 II, contradizem-se.

No art. 442 II, devia accrescentar-se: "ou se a mãe, enviuvando, readquiriu o patrio poder (art. 393), ou se ella ou o pae, destituido (art. 395) ou suspenso (art. 394) do patrio poder, o recuperar".

O art. 562 está deslocado: uma coisa é o *direito de passagem forçada*, oriundo da só situação de vizinhança, que por si cria o direito, e outra a servidão de passagem ou de caminho, a que se refere o art. 562, para dizer que, sendo passagens e atravessadouros particulares, e não se dirigindo a fontes, pontes ou lugares publicos, se devem entender simples condescendencias precarias do proprietario, que não formam direito de servidão. Na systematica do Codigo, ha os *direitos de vizinhança* e as *servidões*, que são figuras e construcções distinctas. O art. 562 ficaria bem depois do art. 698.

No art. 616, a redacção não é boa; deve entender-se: a parte de boa fé tem a faculdade de escolher entre ficar com o todo e pagar a porção, que não fôr sua, e renunciar á que lhe pertence e exigir da parte de má fé que lhe pague a sua e mais os prejuizos, que tiver soffrido. Ainda no direito das coisas, diz o art. 676, que se refere a direitos reaes sobre coisas alheias: taes direitos só se adquirem, por actos entre vivos, depois da transcripção, ou da inscripção, no registo de immoveis, "salvo os casos expressos neste Codigo". Se bem examinarmos, veremos que só ha uma excepção, pois o usufructo dos paes (art. 389) não constitue direito real.

No Codigo, portanto, o registo é indispensavel para os direitos reaes sobre coisas alheias, ainda quando se dê usucapião (art. 698), — a lei apenas autoriza o interessado a transcrevê-la no seu nome, servindo de titulo a sentença que julgar consummada a usucapião. O art. 697 devia vir depois do art. 698, porque é excepção ao que neste se dispõe: impede que se adquiram, por usucapião, as servidões não apparentes. Parece-se com o Code Civil, arts. 690, 691, que tambem exclue as servidões discontinuas.

Os jurisconsultos romanos não eram acordes na solução das questões relativas á *species nova*. Em quanto os proculianos attribuiam a especie nova a quem a criou, os sabinianos conservavam-na ao *dominus materiae*, sem interrupção da propriedade. O direito classico e o de Justiniano decidiram a famosa controversia por meio de solução intermedia e transaccional: dá-se a *species nova* ao *dominus materiae* ou ao especificador, conforme possa ou não voltar á forma anterior. A doutrina proculiana é tida por mais progredida, porque se inspira de razões economicas, ou, pelo menos, constitue o reconhecimento do valor economico do trabalho, como factor de producção, pois proclama *hunc dominus esse qui fecerit* (L. 7,

§ 7, D., *de adquirendo rerum dominio*, 41, 1; Czyhlarz, em Glück, *Pandekten*, vol. 43, parte I, pag. 313; Kuhlenbeck, *Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Parte II, pag. 537). Mas este *fecerit* não se referia á materia, e sim á pessoa do especificante; não se tinha em conta a *obra*, mas o *acto*. Observou Sokolowski quanto eram superficiaes os nossos conhecimentos da evolução e das fontes das theorias romanas da especificação: os proculianos não foram movidos por qualquer doutrina economica do direito ao producto do trabalho, não só porque nenhuma allusão fazem a isto, como porque, se quisessem assentar tal doutrina, teriam feito *outra* theoria da especificação. A que se encontra destôa, a cada momento, do pretendido fundamento. E as vacillações, os apparentes recúos, tudo se esclarece quando se tem em conta a opposição philosophica entre a escola proculiana e a sabiniana: a primeira, peripatetica; a segundo, estoica. A ultima, e não a primeira, representa avanço cultur-historico; e o progresso mental ainda se verifica na theoria intermedia, em que se sente a influencia das idéas estoicas ulteriormente aclaradas. Toda a theoria da especificação está no apreciar á *especie nova*, isto é, na concepção da formação ou criação de uma coisa (forma, materia). Dos dois factores, — forma, materia, — prepondera, para Aristoteles e os peripateticos, a forma, εἶδος, μορφή, λόγος, factor primario e essencial. O que é amorpho στέρησις, não tem realidade positiva. A materia, ὕλη, é a categoria incorporea e abstracta, que não existe senão quando se conforma. Materia é possibilidade; forma é actividade, realização. Daí a theoria dos proculianos, que eram peripateticos. A forma é que decide; se se nihiliza e absorve na forma nova, nasce a *nova species*, que não tem nada de commum com a anterior: *quod factum est, antea nullius fuerat* (L. 7, § 7, D.,

de adquirendo rerum dominio, 41, 7, que Perozzi e Ferrini reputam, sem provas, interpolação). O *dominus materiae* não pode reivindicar a *extincta* coisa, porque *extincta res vindicari non potest* (Gaius, II, 79).

Para os estoicos prepondera a materia, elemento fundamental das coisas, substancia, σῶμα, accessorio é a forma. Fiéis ao materialismo estoico, os sabinianos dão preponderancia á materia (Gaius, II, 79). Por isto devia a especie nova ficar com o *dominus materiae*. Para esta interpretação propendeu a solução intermedia.

Nos codigos modernos, sem mais cogitarem de circumstancias de poder ou não a materia retornar á forma primitiva, vê-se como elemento decisivo o valor economico. Assim, o Code Civil, art. 570 e seguintes, determina que a especie nova pertença ao *dominus materiae*, mas, se a mão de obra excedeu, em valor, o da materia empregada, poderá o especificador ficar com a coisa, reembolsando do valor o *dominus materiae*. Outra é a solução do B. G. B. § 950, que reputa mais importante, em regra, o factor-trabalho, e só quando consideravelmente (*erheblich*) inferior ao da materia, aquelle deixará de preponderar.

Para o Codigo Civil brasileiro, o especificador será proprietario da *species nova*, se a materia era sua, ao menos em parte, e não se puder restituir á forma anterior, no que differe da L. 7, § 7, D., *de adquirendo rerum dominio*, 41, 1 (§ 25, Inst., *de rerum divisione*, 2, 1). Se toda a materia fôr alheia (art. 612) e não se puder reduzir á forma antecedente, será do especificador de boa fé a especie nova; mas, sendo praticavel a reducção (§ 1°), ou, quando impraticavel, se a especie nova se obteve de má fé, pertencerá ao dono da materia. Em qualquer caso (§ 2°), se o preço da mão de obra exceder,

consideravelmente, o valor da materia, a especie nova será do especificador. E em qualquer caso — salvo o do art. 612 § 1º, concernente á especificação irreductivel de má fé — aos prejudicados se resarcirá o damno, que soffrerem (art. 613). A solução brasileira é complexa, abstrusa.

O art. 757 é obscuro: ha condominio, e admitte-se que os condominos — senhores de partes *ideaes* — gravem as suas quotas (hypotheca, antichrese), se fôr *divisivel a coisa* e só a respeito desta parte (?) vigorará o principio da indivisibilidade do direito real de garantia. Ora, para isto, se *divide*, de certo modo, a coisa: a especialização da parte no registo do immovel cria a figura da *communio pro diviso,* que passará a ter os effeitos caracteristicos desta communhão. Mas certo é que della não se cogitara na systematica do Codigo. Admitte Bevilaqua, nos seus commentarios, que, na falta do consentimento dos outros, quando manifesta a divisibilidade, possa o condomino dar em garantia a *sua* parte. Mas esta parte, sem a divisão, será ideal; e então ter-se-á a hypotheca ou a antichrese sobre partes *ideaes,* o que repugna á systematica do Codigo.

Em vez de "Secção VI" devia dizer-se "Capitulo XI" ou, melhor, como estava no Projecto de Clovis Bevilaqua, "Titulo IV", pois que o registo não concerne sómente a hypothecas.

No art. 858, melhor seria dizer, como o Codigo Civil italiano, art. 1.941, e o venezuelano, art. 1.991, — "aproveita a todos os interessados o registo, ainda que só um o houvesse promovido". Como está no Codigo, tem-se, não uma regra, que a Lei dê ás pessoas, que o lêem; mas o exemplo de uma regra não escripta que já está na cabeça dos leitores e o art. 858 inutilmente, em casos restrictos, vem lembrar.

No art. 931, diz a Lei: "O terceiro não interessado, que paga a divida em seu proprio nome, tem direito de reembolsar-se do que pagar; mas não se subroga nos direitos do credor". "Em seu nome", está escripto. Devia dizer: "sem conhecimento do devedor". Provém do Projecto revisto, art. 1.079, talvez por influencia do Projecto de Coelho Rodrigues. O *Esboço* de Teixeira de Freitas está certo.

No art. 945 § 2, querer-se-á estatuir que a quitação por escriptura publica não admitte prova em contrario? Que é que faz o § 2° neste lugar, se o assumpto, de que se trata, é a *entrega* do titulo? No art. 951, referindo-se a immovel, escreve-se: "no lugar onde este se *acha*". Um immovel só num lugar se pode achar: no seu. Dever-se-ia dizer: "no lugar delle". Tambem no art. 970 se fala em divida prescripta e obrigação natural, mas aquella é, precisamente, um dos casos desta. Tambem não se pode pedir, por indevido pagamento, o que o capaz pagou por divida assumida quando era incapaz. São pontos delicados, por não haver fixidez no conceito de obrigação natural, no systema do Codigo. Pode ser pedido, por exemplo, o que o absolutamente incapaz pagou; não o que pagou o relativamente incapaz (cp. art. 155).

No art. 1.010, diz-se: "dividas liquidas, vencidas e de coisas fungiveis". Devera dizer: "coisas fungiveis da mesma especie" (cp. Code Civil, art. 1.291). E' o que se vae escrever no art. 1.011, que serve para interpretação do art. 1.010.

No art. 1.028 II, e 1.029, deviam ser riscadas as expressões "em que a lei o exige", "nas em que ella o admitte". A transacção é meramente *declaratoria*, e não *constitutiva* de direitos (art. 1.027). No proprio caso de ser referente a immoveis, se do registo constar assento contrario ou differente ao direito reconhecido pela transacção, deverá o interessado re-

clamar que se rectifique (art. 860, pr.). Na systematica do Codigo, o instrumento será indispensavel. Era a isto que se devia alludir.

Os arts. 1.028 II e 1.038 não obedecem ao mesmo criterio. No art. 1.028, diz-se que, se a transacção recair sobre direitos contestados em juizo, se fará por escriptura publica, nas obrigações, em que a lei o exige, ou particular, nas em que ella o admitte. No art. 1.038, em relação ao compromisso extrajudicial, accrescenta-se que a escriptura particular terá de ser assignada pelas partes e duas testemunhas. Ou se deviam uniformizar os dois artigos, ou deixá-los sob a regra geral (art. 135). Terá mais importancia o compromisso do que a transacção?

O art. 1.055 é redundante; já se disse o mesmo, e melhor, no art. 906 (solidariedade passiva). Caberia, aí, dispositivo geral, que abrangesse os casos de remissão de divida nas obrigações indivisiveis, na solidariedade activa e passiva, e não sómente este. Todos os tres assumptos já foram tratados: indivisibilidade (art. 894); solidariedade activa (art. 900); solidariedade passiva (art. 906).

No art. 1.056 ficaria bem dizer-se — modo, *lugar* e tempo devidos. A referencia do art. 1.058 aos arts. 955, 956, 957, é incorrecta; devia ser ao art. 957, porque só este se reporta á força maior e ao caso fortuito.

No art. 1.086 I, a referencia deverá ser aos arts. 1.081 IV e 1.085; e melhor, talvez, fosse excluir a referencia a qualquer delles.

No art. 1.086 II e III, ha certa discordancia com a doutrina e a systematica do Codigo. Se o proponente se comprometteu a esperar a resposta, sem marcar prazo, ter-se-ão de applicar os arts. 1.080, 1.081 II. Se marcou, não havia razão para que se não considerasse firmado desde que se ex-

pediu a aceitação. Se ha prazo para a resposta, o contracto firmar-se-á com a expedição (art. 1.081 III). Se o prazo foi para a chegada da resposta, occorre o que se previu no n. II.

Não tem a devida generalidade o art. 1.088; em vez de "instrumento publico," como está, devia falar de "forma especial". Pode haver promessa de determinada forma, titulo ao portador, titulo endossavel, instrumento particular com determinados requisitos.

Para que presumir (art. 1.095 2ª parte) que se estipule o *duplo* das arrhas por parte de quem recebeu, *arrha poenitentialis*, *Reugeld* dos alemães? Dir-se-á que se continúa a tradição do direito? Não. Não seria melhor deixar ás partes — no caso de estipularem a permissão de arrependimento — que declarassem a pena?

No art. 1.096, tambem ha alguma coisa — de forma — que devia ser corrigida: diz-se que "salvo estipulação em contrario, as arrhas em dinheiro consideram-se principio pagamento" e, "fóra esse caso, devem ser restituidas, quando o contracto for *concluido*, ou ficar desfeito". *Concluido*, escreveu-se; *cumprido* é que devia ser. O contracto fica *concluido* com as arrhas (art. 1.094): o que se quis dizer, ou, melhor, o que se deve entender, é que se restituirão, no caso do art. 1.096 *in fine*, as arrhas recebidas, quando for executado, cumprido, ou assignado (cp. 1.088) o contracto. Ainda no caso do art. 1.088, o contracto estará firmado com as arrhas, pois a propria regra, que lá se formula, é declarada "sem prejuizo do estabelecido nos arts. 1.095-1.097."

Diz o art. 1.119: "Se for aleatorio (*o contracto*), por serem objecto delle coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá tambem direito o alienante a todo o preço, desde que de sua par-

te não tiver occorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior á esperada". Paragrapho unico: "Mas, se da coisa nada vier a existir, alienação não haverá, e o *adquirente* restituirá o preço recebido". O adquirente? Quis dizer o contrario: o *alienante*. Quem adquire é que paga; não é elle que teria de restituir: a elle é que o alienante terá de restituir. No *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 2.110 2ª alinea, estava certo: "Mas", dizia elle, "se a coisa não vier inteiramente a existir, não haverá venda por falta de objecto; e o *vendedor* restituirá o preço, se já o houver recebido". No Projecto revisto, art. 1.321, redigiu-se: "e será restituido o preço recebido". Foi o senador Ruy Barbosa, que redigiu errado (*Parecer,* pag. 382).

O art. 1.137 contém materia já traçada no art. 677. O art. 1.138 é injusto: para se ver quanto mal pode causar, basta applicá-lo; e para se saber quão melhor poderia ter sido, seria assaz compará-lo com o B. G. B. § 469.

A palavra *indivisivel* do art. 1.139 devia ser excluida: faz o art. 1.139 chocar-se com o art. 633.

O prazo de 3 annos, no art. 1.141, que seria admissivel para os moveis, é absurdo para os immoveis (cp. B. G. B. § 503).

Para estabelecer que o direito resultante da venda a contento (Kauf auf Probe) é intransferivel e intransmissivel por herança, disse o art. 1.148 que é simplesmente pessoal. A palavra é ambigua; devia dizer: incessivel, intransferivel, inherdavel, intransmissivel, etc.; ou, então, á semelhança do art. 928, "personalissimo". Entenda-se, outrosim, que o art. 1.148 só se refere ao direito do comprador.

Os arts. 1.154, 1.143 adoptam, injustificadamente, soluções differentes para a retrovenda e o direito de preempção.

O art. 1.157, — absolutamente coercitivo ou imperativo, *absolut zwingendes Prinzip*, — devia seguir a lição do B. G. B. § 514.

No art. 1.158 paragrapho unico, bastaria dizer: "Salvo disposição em contrario, o prazo será de um anno". O mais, no art. 1.558 paragrapho unico, é absurdo. Devia riscar-se o art. 1.160. Neste assumpto, o *Esboço*, art. 2.097, declarava: "Se tiver o caracter de condição resolutiva, e a coisa for movel, é prohibida a sua estipulação, como na venda a retro". O Codigo Civil argentino, art. 1.400, discordou; e foi a elle que seguiu o brasileiro.

O art. 1.163, perfeitamente aceitavel noutro Codigo, não se comprehende no systema do brasileiro (cp. 1.092). Em vez de "paes" no art. 1.169, devia escrever-se: "representantes legaes" (art. 462 paragrapho unico).

O art. 1.176 é facilmente fraudavel. O doador poderá doar toda a fortuna, com prejuizo das legitimas. Não viu taes consequencias o legislador, um tanto impressionado com as criticas ao Code Civil e ansioso de solução nova.

No art. 1.179 só se allude ao art. 285 quanto á responsabilidade do doador no caso de evicção. Mas ha outros: se houve dolo (art. 1.057); se remuneratoria a doação (art. 1.167); se gravada com encargo (art. 1.167); se recompensatoria, como de premio ao merito, ou por acto do donatario (caso em que, não sendo ao publico, o negocio juridico não caberá nos arts. 1.512-1.517); se para determinado casamento (art. 284, 285, e não sómente este); se tiver assumido tal responsabilidade, ou isto resultar das circumstancias (vg. doação de instrumento urgentemente indispensavel para evitar grandes prejuizos ao donatario).

O art. 1.181, paragrapho unico, devia passar a ser o § 2 do art. 1.180, ou o paragrapho unico do art. 1.187. Falta-lhe,

outrosim, prazo especial para a propositura da acção: o do art. 1.184 não lhe serve.

No art. 1.190, devia accrescentar-se, como paragrapho unico: "Se, sem culpa do locatario e do locador do predio urbano ou rustico, este se tornar improprio ao uso estipulado, como se sobrevierem prohibições legaes de ordem publica, poderá o locatario, mediante interpellação judicial, rescindir o contracto, sem direito a perdas e damnos".

Não se explica achar-se sob o art. 1.193 o paragrapho unico, que lá está. Devia passar ao art. 1.192, a cujo IV se reporta, ou ao art. 1.189, onde ficaria bem. No art. 1.195, seria melhor adoptar prazo, como o B. G. B. § 568. As questões oriundas da apreciação da vontade *tacita* e a inexistencia de prazo para a *tacitude* da vontade criam demandas intensas e multiplas: a lei, em vez de apaziguadora, tornou-se engendradora de lides.

No art. 1.196, não se prefixou limite ao arbitrio do locador na declaração unilateral do novo aluguer, de modo que a quantia estipulada poderá exceder o proprio valor da coisa E' de uma grande violencia este dispositivo, que se origina do Codigo Commercial, art. 230. Têmo-lo visto na pratica. Pode o juiz ficar impassivel, impotente, deante de um aluguer cem, mil, dez mil vezes maior do que o ordinario ou, até, do que o valor do immovel?

Em materia de locação, como em outros pontos, é o interesse do capitalista, do locador e dos seus herdeiros, o que a lei protege. Exemplo temos no art. 1.198. As repercussões sociaes são más. Melhor, se bem que insufficiente, o direito de denuncia, *Kündigungsrecht*, do B. G. B. § 569. Tambem mais aceitavel a Lei suiça de 1881, art. 283 (de 1911, art. 270). O art. 1.228 é de revoltante parcialidade quanto ás relações entre o patrão e o empregado. Deroga preceitos geraes de di-

reito das obrigações e deixa de attender ao pendor, que mostra o Codigo, em tantos lugares, pelas disposições symetricas. O art. 1.228 constitue retrocesso para aquém das Ordenações, — mais justas, menos despoticas, e menos capitalistas neste ponto. O artificialismo dos prazos do Codigo Civil tem novo exemplo no art. 1.209: fixa seis meses para desoccupar o immovel nas locações de predios rusticos, quando sem prazo. E as colheitas? E as plantações iniciadas? O raciocinio schizoide da lei não viu a vida, as realidades, e por isto desprezou o exemplo do Code Civil, art. 1.726, do B. G. B. § 595 e a tradição do direito brasileiro. No art. 1.212, dirá que se presume contractada para *uma* colheita: não satisfaz, seria preciso dizer como noutro lugar deste livro formulámos (cp. a evolução technica, — Code Civil, art. 1.774, 1.736, lei suiça, art. 270, B. G. B. § 595).

A hereditariedade activa e passiva da locação (Ord., Liv. IV, tit. 45, § 3, Code Civil, art. 1.742) persiste no Codigo Civil, art. 1.198. E' o apriorismo, cégo ás realidades da vida. Não lhe valem a velha lição do Preussisches Allgemeines Landrecht, I, 21, §§ 371, 373, 374, nem a da Lei suiça de 1881 (art. 283), nem a solução do B. G. B. § 569, que vem do I Projecto, § 526. A morte do locatario pode ter graves consequencias economicas na familia e as injustiças sociaes que o art. 1.198 espalha são profundas; ás vezes, para evitar a continuação de contracto que lhe será penoso, a familia do fallecido aceita acôrdo que lhe arranca tudo que tem. No direito alemão, que admitte a denuncia, *Kündigung*, a propria mulher colocadora com o marido, não pode, morto este, ser obrigada a cumprir o contracto, salvo solidariedade, que não se presume, porque repugnaria á posição do marido como chefe da familia. Em regra, a assignatura da mulher sómente importa em cor-

responsabilidade pelos deveres de locador, que cabem ao marido (1).

No Direito das obrigações, ha outros erros de emenda facilima: o art. 1.207 devia ser geral, e não restricto á locação de predios: o seu lugar não era aí, mas sob o art. 1.292; tambem o art. 1.297 está mal collocado, — devia achar-se depois do art. 1.301 ou 1.302; o paragrapho do art. 1.337, nada tem com elle: devia ser artigo autonomo. No art. 1.223, conviria substituir ao que está a regra do Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 1.369, inspirada na Lei suiça de 1881, art. 341 (de 1911, art. 335) e no II Projecto alemão § 557 (B. G. B. § 616). Melhor, talvez, elaborar outro, que attendesse á literatura posterior ao B. G. B.

"Quando alguem", diz o art. 1.341, "na ausencia do individuo obrigado a alimentos, por elle os prestar a quem se devem, poder-lhes-á rehaver do devedor a importancia, ainda que este não ratifique o acto". "Poderá rehaver a importancia", ou "poderá rehavê-los". "Poder-*lhes*-á" é affectação, sem ser erro.

Lê-se no art. 1.342: "As despesas de enterro, proporcionaes aos usos locaes e á condição do fallecido, feitas por terceiro, podem ser cobradas da pessoa que teria a obrigação de alimentar a que veio a fallecer, *ainda mesmo* que esta não tenha deixado bens". Ora, "ainda mesmo que" significa, em francês, "quand même", em alemão — "selbst wenn", e não é isto o que podia dizer a lei: o erro vêm do "aunque el difunto no hubiese dejado bienes" do Codigo Civil espanhol, art. 1.894 2ª alinea. O que em verdade se resolve é differente do que grammaticalmente dizem as palavras do artigo. Hoje, como antes do Codigo Civil, taes despesas são pagas pelos

(1) Cp. REICHEL, *Die Schuldübernahme*, pags. 288-289; MITTELSTEIN, *Die Miete*, 1909, pag. 57; NIENDORFF, *Mietrecht*, 1906, pag. 42.

bens inventariados do fallecido (art. 1.797). *Se elle não tiver deixado bens,* é que pagá-las-á o obrigado a prestação de alimentos. "Se" "uma vez que," e não "ainda mesmo que".

No art. 1.346, a palavra "industrial" é escusada, por ser materia estranha ao Codigo Civil. No art. 1.354, tambem o é a palavra "commissario".

São regras superfluas: A do art. 1.377 (cp. arts. 1.107 e seguintes), que se entendia cabivel no Code Civil, art. 1.845, mas perdeu razão de ser no brasileiro, porque, neste, a evicção se referiu a todos os contractos onerosos, pelos quaes se transfere o dominio, posse ou uso (art. 1.107). A do art. 1.391, pois já se disse o mesmo no art. 1.382. Fóra deste artigo, tudo que o socio pode reclamar só o poderá fazer como qualquer outra pessoa. A do art. 1.407, assumpto que se prende aos arts. 1.375, 1.396, 1.398, principalmente ao art. 1.396, com o qual o art. 1.407 não se harmoniza bem. Tambem é superflua a regra do art. 1.526 (cp. art. 928).

Seria acertado corrigir o art. 1.445, ou transcrever, no seu lugar, melhorado, o art. 510 do Codigo Civil do cantão de Zurique. Trata-se de emenda infeliz do senador Ruy Barbosa, que, aí, como noutros lugares, não via o fundo, mas só a forma da lei.

O art. 1.445 nasceu no Projecto de Coelho Rodrigues, art. 935: "Quando o seguro se faz por intermedio de um representante do segurado, *este* responde tambem para com o segurador por todas as inexactidões e omissões *daquelle,* que possam influir no respectivo contracto".

Já se não colhia, com o devido cuidado, o pensamento da fonte. Lia-se no Codigo do cantão de Zurique (art. 510): "Wird die Versicherung durch einen Stellvertreter der Versicherter besorgt, so hat der letztere dem Versicherer gegenüber die nachtheiligen Folgen zu tragen, welche *solche Verschul-*

dung des Stellvertreters für die Gültigkeit des Geschräfts hat". Consequencias prejudiciaes, culpa do representante.

O Projecto revisto, art. 1.713, copiou a Coelho Rodrigues. No Senado, Ruy Barbosa, que encontrou o pensamento do Codigo de Zurique, ao querer dar-lhe outra forma, estropiou-o, deformou-o:

Projecto da Camara dos Deputados:	Parecer do senador Ruy Barbosa:
Art. 1.445. Quando o seguro se faz por intermedio de representante do segurado, *este torna-se responsavel* para com o segurador, por todas as inexactidões, ou omissões, que possam influir no respectivo contracto.	Art. 1.445. Quando o segurado contracta o seguro mediante procurador, tambem este se faz responsavel ao segurador, pelas inexactidões, ou lacunas, que possam influir no contracto.

Não entendera a regra juridica e criara outra, em que responsavel é o mandatario pelas omissões e lacunas do mandante! Só ha um meio de obviar á inconveniente exegese da lei: reputá-lo responsavel pelas *suas* omissões. Mas isto é regra do mandato, e havia de ser perante o mandante, — não perante o segurador.

As obrigações nullas não são susceptiveis de fiança, "excepto se a nullidade resultar apenas", declara o art. 1.488, "de incapacidade pessoal do devedor". Não era isto o que havia de dizer. Na fonte do dispositivo, que foi o Codigo Civil português, art. 822, diz-se o mesmo, mas outra é a terminologia e a systematica do Codigo Civil. O adjectivo "nullo" significa, no Codigo, absolutamente nullo (art. 145), e ha "nullidades absolutas" que derivam de "incapacidade pessoal do devedor" (artigo 5): devia, pois, falar em obrigações "annullaveis" (art. 147), porque as obrigações nullas (art. 145) não podem ser objecto de fiança. No Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 1.600, estava bem redigido: "Salvo o caso do art. 1.413, é permittido afiançar uma obrigação annullavel em razão da incapacidade

pessoal do devedor". Seria acertado corrigir, para evitar as já sensiveis discordancias de interpretação (1).

No Codigo Commercial, art. 258, 2ª parte, dispõe-se: "A obrigação do fiador passa a seus herdeiros; mas a responsabilidade da fiança é limitada ao tempo decorrido até o dia da morte do fiador e não pode exceder ás forças da sua herança". Adoptou-o, sem meditação, o Codigo. Era vigente, então, o principio da responsabilidade *ultra vires hereditatis*. No Codigo não foi adoptado (art. 1.587), de modo que a phrase final do art. 1.501 "e não pode ultrapassar as forças da herança" é flagrantemente anachronica.

O art. 1.506, que se inspirou no Projecto alemão, deixou de reproduzir a 2 parte do B. G. B. § 794. Dispõe a lei alemã que uma obrigação ao portador não é sem efficacia quando tenha sido posta em circulação após a morte ou incapacidade superveniente do subscriptor. Consulte-se o livro *Dos Titulos ao Portador*, n. 82.

Falta-nos, tambem, o § 801, sobre prazo e prescripção dos titulos ao portador.

No capitulo sobre promessa de recompensa, outra renniscencia — (esta, agora, mais intellectual do que material) — afeia o art. 1.514. Na systematica do Codigo, que foi o primeiro a abrir o titulo especial sobre "obrigações por declaração unilateral de vontade", juntando os dois espécimes mais relevantes, os titulos ao portador e a promessa de recompensa, o interprete encontra a decisão da lei em favor da discutida obrigatoriedade das declarações unilateraes. As velhas theorias contractualistas foram postas de lado. A reminiscencia, a que alludimos, inoperante por ser mera troca de palavras, é a expressão "offerta", que se insere no art. 1.514 2ª alinea.

(1) PONTES DE MIRANDA, *Direito de Familia*, § 152; CLOVIS BEVILAQUA, *Codigo Civil commentado*, vol. V, pag. 240.

Como todos sabemos, Raoul de La Grasserie publicou, em 1893, defeituosissima traducção do I Projecto. E' deste monstruoso espécime que vem a *offerta* do art. 1.514. Raoul de La Grasserie traduzira *Auslobung* por *offres*! Diz elle: "En cas de doute, cette renonciation doit être présumée, lorsque *les offres* indiquent un délai pour l'accomplissement du fait".

O caso de necessidade é differentemente regulado no B. G. B. e na lei suiça. No direito alemão, se o damno não é desproporcional em relação ao perigo, não ha acto illicito (§ 228). Salvo, está claro, se o que intervém foi o causador do perigo.

No direito suiço, o estado de necessidade não apaga a illicitude, — attenúa a responsabilidade (art. 52 2ª alinea). O juiz tem o arbitrio de fixar, equidosamente, a reparação. Não ha, como se daria com a legitima defesa, a exoneração total. E', pois, assaz importante, precipua, a differença.

O direito brasileiro segue ao B. G. B.; mas, em vez de cogitar do salvador que, antes, fôra culpado, isto é, do que intervém para afastar o perigo por elle mesmo criado (B. G. B. § 228, *in fine*), trata, no art. 1.519, da indemnização devida ao dono da coisa, se não foi culpado do perigo. E se o perigo occorrer por culpa de terceiro, o autor do damno ficará com acção regressiva, para haver a importancia que tivér resarcido ao dono da coisa. Portanto, o que se fez no art. 160 II (onde se disse que não constituia acto illicito a intervenção em caso de necessidade) é desfeito nos arts. 1.519, 1.520, onde se dá acção contra o mesmo individuo a quem aproveitaria o art. 160 II.

No direito alemão, ha o § 904, mas dá acção ao proprietario da coisa, quando damnificada para evitar perigo imminente contra terceiro, ou usada (o que não se prevê no art. 160 II da lei brasileira, e, pois, se justifica na lei alemã, que collocou o dispositivo no *direito das coisas*), salvo: no caso

de legitima defesa (1); no caso de não haver culpa do favorecido, nem do que interveio para evitar o damno. Quer dizer: no caso de ser a propria coisa a *causa* do perigo.

Ora esta tem de ser a interpretação da lei brasileira, para que escape á pecha de absurda. No caso de legitima defesa não ha *illicitude de actos;* portanto: excluida a illicitude, não ha reparação. Quando seria possivel reclamá-la? Se o que se defende, damnificou a coisa de terceiro para defender-se. Nesta emergencia, ha alguem com culpa: o offensor. Nos outros casos, as razões são obvias.

A acção devia ser contra o culpado. A lei dá acção contra o causador sem culpa, assegurando-lhe, porém, a regressiva contra aquelle. E' um volteio escusado, que enfeia a lei e turva os principios juridicos. Fóra disto, a regra não poderá ser applicada.

Não se justifica que o dono da coisa accione o que interveio; devia accionar o culpado.

No caso de necessidade (art. 160 II), pode ser culpado o que salva; entendamos: pode dar-se que o perigo advenha do acto da propria pessoa, que, depois, intervém, para evitar o damno maior. Aí, sim, comprehenderiamos a applicação do art. 1.519 (e não da *acção regressiva*), como resulta, expressamente, do final do § 228 *in fine* do B. G. B.

Devemos entender que a referencia do art. 1.520 paragrapho unico é ao art. 160 II, e não ao art. 160 I. No art. 160 I, trata-se de *legitima defesa*, que, pelo systema do Codigo, ha de isentar da reparação. No art. 160 II, sim; é aí que se cogita dos actos daquelle que, em defesa de alguem, damnificou a coisa pertencente a outrem. Aqui "de-

---

(1) ACHILLES, em PLANCK, *Buergerliches Gesetzbuch*, vol. III, pagina 134.

fesa" não é empregada no sentido de legitima defesa; só a remissão permittiria crer em tal confusão.

No Projecto primitivo, art. 1.641, dizia-se: "Se o perigo occorrer por culpa de um terceiro, o autor do damno ou da destruição terá acção regressiva contra elle, para haver o valor da indemnização que pagar ao dono da coisa. *A mesma acção terá lugar contra aquelle em cuja defesa tiver sido damnificada ou destruida a coisa*". Não se alludia ao art. 172 (hoje 160 I); apenas se tratava do caso do art. 160 II (então, 183), a que o art. 1.640 se referia. Tambem o Projecto revisto, art. 1.814, não incluiu a descabida referencia. Foi Ruy Barbosa, no Senado Federal, que introduziu, com acostumada desattenção pelo fundo da obra, a referencia ao art. 164 n. 1 (172 do Projecto Primitivo, e 160 I do Codigo). Devemos evitar as consequencias de tal inadvertido enxerto e considerar não escripta o extemporaneo accrescento. Com elle, teriamos a responsabilidade civil nos casos de legitima defesa e a acção regressiva quando defendesse outrem, pois o art. 160 I trata de legitima defesa.

A solução brasileira introduz a *regressividade* da acção:

a) o que causou o damno, — se a culpa não foi do dono da coisa, ou se a causa não foi a propria coisa, — responde por elle, ainda que *licito* o acto praticado em estado de necessidade (responsabilidade civil > illicitude do acto);

b) se causou o damno, em estado de necessidade, em defesa de outrem (defesa, aí, não constitue *legitima defesa*, a despeito da infeliz remissão de Ruy Barbosa), — tambem responde;

c) mas o responsavel, nos casos das letras *a* e *b*, terá *acção regressiva* contra o terceiro, *se for este o culpado;* e, no caso da letra *b*, tambem contra aquelle em defesa de quem foi damnificada a coisa.

Só assim poderemos dar á lei entendimento.

No Code Civil, art. 1.384 § 2, adoptou-se a responsabilidade da familia pelos menores, mas limitada ao pae e á mãe. A jurisprudencia e a doutrina hesitam; e a bem dizer vigora a velha opinião de Larombière, que assentava não se extender aos ascendentes, irmãos, irmãs, ou outros parentes collateraes. E' evidente que a regra, inspirada nas realidades, que fazem presumir a culpa, tinha de applicar-se, assim aos paes como os tutores, de que o Code Civil não cogitou, mas a que a jurisprudencia extendeu a presumpção, e ás demais pessoas que fizessem as vezes do pae. Veio, depois, em 1896, o B. G. B. § 832, e falou daquelle a que incumbe, *por lei* (kraft Gesetzes) ou contracto, a vigilancia de uma pessoa, que, devido á sua menoridade ou ao seu estado physico ou intellectual, precisa de ser vigiada. E' patente a vantagem technica em relação ao Code Civil, art. 1.384, § 2. Após a lei alemã, o Codigo Civil suiço, art. 333, introduz a larga noção do *chefe de familia* (*Familienhaupt*), e definiu, no art. 331, o *Familienhaupt*: "Tendo as pessoas que vivem em commum, um chefe de familia segundo a lei, o contracto ou o uso (*Herkommen*), pertence a este a autoridade domestica. Esta autoridade se extende aos que vivem em commum (*in dem gemeinsamen Haushalte leben*) na qualidade de parentes, ou de affins, ou devido a um contracto, taes como os aprendizes, os operarios".

Foi em tal estado de revelação do direito que o Codigo Civil encontrou a responsabilidade pelos actos de outrem. Que fez elle? Falou em paes, tutores e curadores (art. 1.521 I e II). Ficou entre o Code Civil e o B. G. B.; e no entanto data de 1916, nove annos após o suiço. Recentemente, o Codigo Civil sovietico, art. 405, deu á norma toda a generalidade que se fazia mistér: tratando-se de pessoa in-

capaz (salvo os maiores de 14 annos e os prodigos, porque estes têm capacidade delictual), "a pessoa encarregada da vigilancia responde por ella." O passo que podiamos ter dado — se tivessemos seguido a questão doutrinaria e de technica legislativa, — deu-o, com segurança, o Codigo russo.

Tambem é pena que a nossa lei desconhecesse uma evolução que, com tão fulgidos momentos, se accentuou durante mais de um seculo: o principio da equidade concreta (*Prinzip der konkreten Billigkeit*) cuja idéa se deve, provavelmente, a Tevenar (1). Veio da Prussia para outros povos cultos da Europa, que redigiram Codigos Civis. Primeiro apparece no Allg. Landrecht prussiano, I, 6, §§ 41-44. No I Projecto da Prussia publicado (II, 1, tit. 3, §§ 32-34), considera-se simples accidente o acto do menor e funda-se a indemnização, segundo nota dos redactores, na equidade natural (*natürliche Billigkeit*). No Anteprojecto austriaco (III, § 450), no Projecto de Martini (III, 13, § 46), liga-se ao direito de legitima defesa, *Verteidigungsrecht* (Notwehr). Deu-se a luta na elaboração: de um lado, a velha doutrina romana; do outro, a idéa nova, salutar. Venceu esta (Codigo Civil austriaco § 1.310).

Nos Codigos Civis dos cantões suiços repercutiu. No Projecto da Saxonia, §§ 788, 789. No Codigo de Zurique, § 1835, lei que, em tantos outros pontos, nos serviu de fonte.

O I Projecto alemão manteve-se adstricto á doutrina romana. Porém a idéa nova mais uma vez triumphou. O II Projecto, no § 752, adoptou-a, e vêmo-la apparecer no B. G. B. § 829. Codigo bem feito, em dia com a evolução do direito, inseriu-na no art. 406 o sovietico.

(1) — F. G. SIEWERT: *Materialien zur wissenschaftlichen Erklärung der neuesten preuss. Landrecht*, Halle, 1799, fasc. 1, pag. 34; — J. W. HEDEMANN: *Die Forschritte des Zivilrechts im XX Jahrhundert*, Berlin, 1910, pag. 108.

Podia o Codigo Civil ignorar ou ser indifferente a esta evolução — tão clara e tão digna de attenção, como diz H e d e m a n n (*klare und beachtenswerte Entwicklung*)? Na propria França, mostra-se aceita *de lege ferenda* (1), e aconselhada; mas a França ainda não procedeu á revisão do Code Civil, ao passo que o Brasil assumiu a responsabilidade de publicar o seu Codigo em 1916, mais de um seculo após o apparecimento do principio salutar e victorioso, após as consagrações do austriaco, do suiço, do B. G. B. e das duas leis federaes suiças sobre as obrigações. O art. 44 2ª alinea da lei de 1911 constitue passo além, provindo do II Projecto, art. 1.059 bis (cp. outrosim o actual § 1.306 do Codigo austriaco e art. 406 do sovietico).

A idéa da proporcionalidade da culpa e do damno nasceu quasi ao chegar o Seculo XIX. Tanto maior a culpa tanto maior o resarcimento; menor a culpa, menor o *quantum* da reparação. O direito romano teve a graduação da culpa. — dolus, culpa lata, levis; mas isto não significa a proporcionalidade com a quantia a indemnizar. As origens espirituaes estão no direito natural (2), na representação do movimento livre dos homens, poderoso symetrizador em todos os ramos da actividade humana. E' do *Landrecht* prussiano que começa a evolução da technica legislativa.

Passa á Austria (§ 1.324), á Suiça (Berna, 965, Zurique, 1.847, 1.848, 1.833), á Saxonia (815 s.). A theoria surge: na Alemanha, v o n J h e r i n g ; na Suiça, B l u n t s c h l i ; na Austria, P f a f f ; em França, L a u r e n t . Chega-se á floração completa com o art. 51 da lei federal suiça de 1881.

(1) PASCAUD: *La responsabilité des aliénés*, na *Revue critique* vol. 64, pag. 218 e seguinte.

(2) *Preuss*. A. L. R., I, 6, §§ 16 s. 35; C. F. KOCH. *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*. Berlin, 1870, vol. II § 471, nota 1: "Quelle ist die damalige Rechtsphilosophie".

depois, com pequena alteração, confirmada pelo art. 43 da lei de 1911.

O fundamento é o de que, maior a culpa, mais reprovavel o facto (1). Sem tal relação, prejudicar-se-ia a applicação do direito de reparação civil (2).

Contra tal "equilibrio entre a culpa e a reparação do damno" esteve o I Projecto alemão (*Motive*, II, 17, 18). Mas os Projectos e o B. G. B. admittiram-no no caso de culpa concurrente.

Temos, no Brasil, a proporcionalidade, em se tratando de *culpa concurrente* da estrada de ferro com a do remettente ou destinatario (Lei n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, art. 2), se a estrada provar (art. 1, n. 2-7):

I. Que a perda ou avaria se deu por vicio intrinseco da mercadoria ou causas inherentes á sua natureza.

II. Tratando-se de animaes vivos, que a morte ou avaria foi consequencia de risco que tal especie de transporte faz naturalmente correr.

III. Que a perda ou avaria foi devida ao mau acondicionamento da mercadoria ou a ter sido entregue para transportar sem estar encaixotada, enfardada ou protegida por qualquer outra especie de envoltorio.

IV. Que foi devido o ter sido transportada em vagões descobertos, em consequencia de ajuste ou expressa determinação do regulamento.

V. Que o carregamento e descarregamento foram feitos pelo remettente ou pelo destinatario ou pelos seus agentes e disto proveio a perda ou avaria.

---

(1) A. THON, *Rechtsnormen und subjektives Recht*, Weimar, 1878, pag. 64.

(2) J. KOHLER, *Die Ideale im Recht*, em *Archiv für bürgerliches Recht*, vol. V, pag. 257.

VI. Que a mercadoria foi transportada em vagão ou plataforma especialmente fretada pelo remettente, sob a sua custodia e vigilancia, e que a perda ou avaria foi consequencia do risco que essa vigilancia devia remover.

No Codigo Civil, não se cogitou da proporcionalidade, nem, sequer, nos casos de culpa concurrente.

Na enumeração do art. 1.521, o Codigo Civil ficou aquém: do Code Civil, art. 1.384 § 4, porque falou dos paes, dos tutores e curadores, porém não tratou dos "instituteurs et artisans", do Oesterr. B. G. B. § 1.309, porque não alludiu aos guardadores, do B. G. B. § 832, porque não usou da expressão mais larga — pessoa obrigada por lei a vigiar. — do Schweiz. Z. G. B. art. 333, porque não se elevou ao conceito amplissimo do *Familienhaupt*, que é o chefe de familia segundo a lei o contracto ou o uso (art. 331). do Codigo Civil sovietico. art. 405. que adoptou a melhor das formulas — "pessoa encarregada de vigiar".

No art. 1.521 IV, fala-se em guarda ou albergue "por dinheiro". No B. G. B. § 832, como vimos, usou-se a expressão por contracto (*durch Vertrag*); no Codigo Civil suiça, art. 333, adoptou-se a comprehensiva noção do *Familienhaupt*; no sovietico, art. 405, a de dever de vigilancia. Ficamos muito aquém do tempo em que appareceu o Codigo Civil.

Ainda mais: o principio da culpa concurrente, que se desenvolve no seculo passado, substituindo a doutrina romana e a impropria idéa da *compensatio*, não logrou entrada expressa no Codigo Civil. A evolução do principio é bem conhecida: culpa [illegible] segundo Suarez, o Projecto e o Codigo do Preuss. A. L. R., em complexo systema casuistico (I, 6, § 18 s.), a solução salomonica do Anteprojecto austriaco (III, 430: "Sind aber beide, der Beschädiger und der Beschädigt Urheber des Schadens, so trägt jeder die Hälfte"), a do Oesterr. B.

G. B. (§ 1.304: "Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt; so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden *verhältnismässig;* und wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen lässt, zu gleichen Teilen". Cp. Projecto saxonico, § 791).

No B. G. B. § 254 alinea 1ª, se o lesado concorrer para a formação do damno (Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt), dependem das circumstancias, — notadamente da questão de saber a qual das duas partes coube a maior falta, — a obrigação de reparar e o importe da indemnidade (so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist). Proporcionalidade da causa, e não da culpa. A alinea 2ª refere-se á omissão. Como apreciar a causa? Incumbe a responsabilidade a quem pôs a ultima condição? E' o que querem Binding e Oertmann.

Será a causa efficiente? A causa que teve maior papel na producção da consequencia? Sustentou-o Birkmeyer. Será a adequada causalidade — adäquater Zusammenhang — de von Bar, von Kries, Thon, Liepmann, Rümelin, Träger? No § 254 não se cogita de *culpa,* nem de facto contrario ao direito, — mas de *causa.* Não se confunde com o § 823. Refere-se á causalidade preponderante, vorwiegende Verursachung. Quanto á victima, é que allude á culpa cooperante, *mitwirkendes Verschulden.* Pode acontecer que se não possam imputar á mesma pessoa a *causa preponderante* e a *culpa preponderante.* Entende P. Oertmann que se deve attender á culpa. Se a victima for uma só e muitos os autores, ensina que se ha de oppor a culpa da victima á dos varios in-

dividuos, em proporção, o que differirá segundo a gravidade das culpas respectivas (P. Oertmann, *Kommentar*, II, nota, 2, 8, ao § 254). Se as duas causas produziram effeitos independentes — A feriu a B, B tratou mal a ferida — a theoria é satisfatoria.

Na lei suiça, o juiz pode diminuir ou excluir a indemnização, nos casos de consentimento da victima ou de haver contribuido para a realização ou aggravamento do damno (art. 44 alinea 1ª). Em consequencia disto, o réo pode oppor, nas acções de reparação dos damnos, a excepção fundada no consentimento do facto illicito ou da culpa concurrente. Incumbe-lhe a prova, principalmente a da relação de causalidade entre a culpa do autor da acção e o damno a reparar. Vê-se bem que é novo degrau na evolução da idéa de culpa concurrente e a lei suiça de 1911, art. 44 alinea 2ª, já completara a de 1881, para a qual, se igualmente havia culpa imputavel ao lesado, podia o juiz reduzir, proporcionalmente, os damnos, ou excluir a indemnização.

Em todos os paises que não possuem textos sobre o assumpto, a jurisprudencia é hesitante.

No art. 1.527, fala-se em "dono, ou detentor do animal". Não se lia isto na Lei suiça de 1881, art. 56, em que se inspirou. Lá se falava de *wer dasselbe hält*, e, na edição franceza, *la personne qui le détient*. Foi a commissão revisora, que entendeu distinguir (art. 1.821). Porque o fez? Por preoccupação da propriedade, o que se revela, aqui e alli, no Codigo Civil, ainda quando se trata de posse ou detenção: o legislador não tinha idéas firmes sobre as *relações possessorias* e de *detenção pura*. O que, aqui, produz o "dono" do art. 1.527, no capitulo sobre effeitos da posse, manterá a excepção do art. 505 *in fine*.

As demais leis e projectos — Codigo Civil austriaco § 1.320, Projecto da Hesia art. 670[2], da Baviera art. 948[2], de Dresda art. 1.025[2], Lei suiça de 1881 art. 65, B. G. B. § 833, bem como os projectos — falam de *quem detém*. No *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 3.686, explica-se: "Incumbe esta indemnização a quem que tenha em seu poder o animal causador do damno, *ou seja o dono delle*, ou a pessôa encarregada de guardá-lo, ou a pessôa a quem o dono delle o entregara".

A quem tenha em seu poder, disse, e bem; ou seja dono, ou não. Esta é a regra e devemos interpretar o art. 1.527 como se dissesse: *O detentor, dono, ou não, do animal, resarcirá o damno por este causado.*

Não se intenta a acção contra o dono; porque este pode não ser o responsavel: intenta-se contra o detentor, dono ou não. E se quisermos dar á lei interpretação literal, confirmaremos o atraso do legislador, que com tal expressão ficou ao tempo do *Preussisches Allgemeines Landrecht,* I, 6, § 72 que, por isto mesmo, teve de prever o caso da duplicidade de proprietario, § 78.

Uma das provas liberatorias para "o dono, ou detentor" é a de que "o animal foi provocado por outro". Pela redacção, trata-se de animal provocado por outro *animal.* O Projecto primitivo, dizia bem, fiel á fonte: "foi excitado por terceiro, ou por animal pertencente a outrem". Correspondia á disposição suiça de 1881: "sauf son recours si l'animal a été excité, soit par un tiers, soit pour un animal appartenant à autrui". Dois casos. O Projecto revisto, art. 1821, alterou o primitivo, como se não visse um dos casos, — o de animal excitado por outra *pessoa*.

A interpretação deve attender á outra especie. No B. G. B. §§ 833, 834, não se cogita de nenhum dos casos, atti-

tude comprehensivel; tão pouco, na Lei de 1908. Mas, na Lei suiça de 1911, a que os legisladores do Codigo Civil brasileiro não prestaram attenção, o art. 56 3ª alinea manterá a referencia.

Não se pode sustentar que a omissão voluntaria do Codigo Civil tenha por effeito não poder o responsabilizado *liberar-se* com a prova da provocação por outrem.

Na Lei suiça de 1881, art. 65, dizia-se que, em caso de damno causado por animal, a pessoa que o detém é responsavel, salvo se justificar tê-lo guardado e vigiado com o devido cuidado, ou se o animal foi excitado por terceiro, ou por um animal pertencente a outrem, *Tier eines Andern*. O Codigo Civil recebeu, no art. 1.527 I e II, tal dispositivo, que, em 1911, foi alterado, na Suiça, pela nova edição da lei (art. 56). Que a regra de 1911 é melhor, não ha duvida nenhuma: o cuidado preciso, "erforderliche Sorgfalt", da lei de 1881, art. 65, não equivale, para os methodos atrasados, mas ordinariamente usados, de interpretação das leis — ao "alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt" da lei de 1911, art. 56. Tanto assim que poderá o juiz brasileiro inspirar-se, com prejuizo para a justidade da lei, na praxe suiça anterior a 1812, que não corresponderia á regra de 1911. Boa orientação mandaria que se désse conteúdo mais acertado á expressão "cuidado preciso", *erforderliche Sorgfalt*, e se inspirassem doutrina e praxe no que desenvolvem, em torno do art. 56 da Lei suiça, os recentes commentadores.

O Codigo Civil da Russia (1922), art. 404, dispôs: "As pessoas ou as empresas cuja actividade causa uma aggravação de perigo para a ambiencia, como as estradas de ferro, os *tramways*, as empresas de industrias manufactureiras, os commerciantes de materias inflammaveis, *os detentores de animaes selvagens*, as pessoas que fazem construcções (1) ou outras

installações, são responsaveis pelo damno causado pelo elemento de aggravação de perigo, salvo se provarem que o damno resulta de força maior ou da premeditação ou da negligencia grosseira da victima".

E' evidente o valor das expressões — aggravação de perigo, elemento de aggravação de perigo — como dados *inductivos*. E' dessas inducções laboriosamente conseguidas ou felizes, que a technica legislativa deve incorporar aos seus recursos. Certo, poder-se-ia obter, com esta *expressão* e outros dados do B. G. B. (alterado pela Lei de 1908) e da Lei suiça de 1911, bem como de outras leis, extra-civis, que tambem tratam de casos de "aggravação de perigo", a redacção de um artigo ainda mais correcto e efficaz. Mas é innegavel o valor do art. 404 como acquesto *inductivo*. Diz menos o dever de guardar e de vigiar, mais proprio para as pessoas, menores ou doentes. No Codigo russo, falta a regra sobre os animaes não selvagens, e ainda aí seria de proveito recorrer-se a outras fontes.

Mais longe foi o referido Codigo nos casos de haver *damno* e intervir a força maior ou a premeditação ou a negligencia da victima. Fica o Tribunal autorizado a ordenar a reparação, tendo em conta a situação de fortuna do que *causou* a aggravação do perigo (ainda que liberado) e a da victima (art. 406).

Sobre o tempo (momento) desde o qual se devem contar os juros da mora ha, no Codigo, varios artigos (1.064, 960, 961, 962, 1.544, 1.536 § 2º).

A regra geral é que, *ainda que se não allegue prejuizo, é obrigado o devedor aos juros da mora* (art. 1.064 1ª parte. Code Civil, art. 1.153 2ª alinea); portanto:

1º) Se positiva e liquida a obrigação, se deixar de ser cumprida no seu termo (art. 960 1ª alinea, *Esboço* de Tei-

xeira de Freitas, art. 1.071 1º, cp. Code Civil, art. 1.139, italiano, art. 1.223, B. G. B. § 284).

2º) Se positiva e liquida, mas sem prazo, — desde a a interpellação, notificação ou protesto (art. 960 2ª alinea, *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.171 2º).

3º) Se negativa a obrigação, desde o dia em que o obrigado executar o acto de que devia abster-se (art. 961, *Esboço*, art. 1.072, cp. Code Civil, art. 1.145, italiano, art. 1.221, português, art. 713).

4º) Se proveniente de delicto a obrigação, desde o momento em que foi elle perpetrado (art. 962, *Esboço*, art. 1.073, *Consolidação das Leis Civis*, art. 805).

5º) Se illiquida a obrigação, desde a citação inicial (art. 1.536 § 2º, emenda da Camara dos Deputados, *Trabalhos*, vol. VI, pag. 190, 474).

6º) Resta a parte final do art. 1.064: "...aos juros da mora, que se contarão assim ás dividas de dinheiro, como ás prestações de outra natureza, *desde que* lhes esteja fixado o valor pecuniario por sentença judicial, arbitramento, ou acôrdo entre as partes".

Ha evidente contradição entre este *desde que* — locução de tempo — e aquelloutra expressão do art. 1.536, § 2º, "*desde* a citação inicial". Como resolver?

a) Uns dizem que o *desde que* foi inadvertidamente posto por *contando que* (= uma vez que), ambiguidade que cria a duvida da interpretação. Só o art. 1.536 § 2º se refere ao tempo desde o qual devem correr os juros moratorios. E' a opinião de Pedro Lessa (*Revista dos Tribunaes*, vol. 35, pag. 190, e 38, pag. 303), Alcantara Machado (*Honorarios Medicos*, 2ª edição, n. 155) e Clovis Bevilaqua (*Codigo Civil commentado*, nota ao art. 1.064).

b) Outros procuram conciliar os dois preceitos: a "citação inicial", a que se refere o art. 1.536, § 2º, seria a interpellação judicial para pagamento depois da liquidação. Solução esta opposta á anterior e adoptada por alguns ministros do Superior Tribunal de S. Paulo.

c) Das duas discordou o ministro do mesmo Tribunal Costa Manso, secundado por Alfredo Bernardes e Calmon Vianna. Diz o juiz Costa Manso, em synthese: "O Codigo Civil regulou a fluencia dos juros moratorios segundo a natureza da obrigação exequenda. Paga-os o criminoso dês da data do crime (arts. 962, 1.544). Nas obrigações negativas, contam-se do momento em que o devedor executar o acto, de que devia abster-se (art. 961). Sendo a obrigação positiva e liquida, ou correm os juros dês do vencimento do prazo (art. 960, 1ª alinea), ou, não havendo prazo assignado, a partir da interpellação, notificação ou protesto (art. 960 2ª alinea). As obrigações illiquidas, ou consistem em divida de *dinheiro*, ou em *prestações de outro genero*. Fluem os juros, no primeiro caso, da citação inicial (art. 1.536, § 2º); correm, no segundo, *da liquidação, por sentença, arbitramento ou acôrdo* (art. 1.064)." Cp. L. 99, D., 50, 17.

Os credores, hypothecarios ou privilegiados, conservam os respectivos direitos sobre o preço do seguro da coisa ou sobre a indemnização devida, se houver responsavel pela perda ou dammificação da coisa, ou sobre a indemnização recebida ou a receber por desapropriação da coisa ou servidão legal (art. 1.558). E' a subrogação real; e nesses casos, diz o art. 1.559, o devedor do preço do seguro ou da indemnização se exonera pagando sem opposição dos credores hypothecarios ou privilegiados. Mas até quando se espera esta opposição? No Codigo Civil italiano, art. 1.951 2ª alinea, dá-se o prazo de trinta dias a contar da perda ou deterioração da coisa.

No B. G. B., exige-se aviso aos credores e o prazo de um mês. Sem o prazo, o art 1.559 cria questões, em vez de preveni-las. Noutros lugares, foi fecunda em dar prazos a lei; aqui, onde o devera estabelecer, o omittiu.

No art. 1.572, diz-se que, "aberta a successão", isto é, morta a pessoa, o dominio e a posse dos seus bens transmittem-se, desde logo, aos herdeiros legitimos e testamentarios "Dominio" e "posse". E os outros direitos reaes e os creditos? As duas palavras não bastam para abranger todo o patrimonio.

A redacção do art. 1.590 não é boa. Nelle foi estatuido que "a aceitação pode retractar-se, se não resultar prejuizo a credores, sendo licito a estes, no caso contrario, reclamar a providencia referida no art. 1.586". "A aceitação pode retractar-se, se não resultar prejuizo a credores". Parece que, se o houver, não pode ser retractada.

Mas não é isto o que resulta do art. 1.586: a aceitação pode, sempre, ser retractada; se houver prejuizo a credores, estes, então, poderão aceitá-la em nome do renunciante. Tanto, ainda neste caso, é retractavel, que o remanescente dos quinhões do retractante será devolvido aos outros herdeiros (arts. 1.586, 1.590, 2ª parte).

No art. 1.749 diz-se: o testamento cerrado que o testador abrir ou dilacerar, ou for aberto ou dilacerado com seu consentimento, haver-se-á como revogado. Porque só se referir ao testamento cerrado? Tambem o testamento particular pode ser dilacerado e riscado. O dispositivo ganharia se houvesse ou se viesse a reproduzir o § 2.255 do B. G. B.

O art. 1.640 cita o art. 1.638 I; a remissão deve ser aos ns. I-III, e não sómente ao n. I. O art. 1.688 é completamente dispensavel: o usufructo é pessoal; com a morte do usufructuario extingue-se.

Resta o art. 1.769. No Codigo Civil argentino, art. 3.854, declara-se o mesmo: "Cuando las disposiciones del testador tuviesen sólo por objeto hacer legados, no habiendo herederos legítimos ó herederos instituidos, la posesión de la herencia corresponde al albacea". No brasileiro, emprega-se para designar taes funcções a velha expressão *cabeça de casal*, que já se usara no art. 1.579. Mas, neste artigo, tinha toda propriedade, porque se tratava de conjuge sobrevivente; no art. 1.769, não. O testamenteiro exercerá as funcções que exerceria o *cabeça de casal*, — não no será, porém, porque tal expressão não pode, sem quebra do significado proprio, referir-se a outra pessoa que não seja o conjuge superstite.

E' bem possivel que sejam attendidas estas emendas, como o foram as que apresentei em 1916, ás quaes, em discurso do Senado, se referiu o senador Epitacio Pessoa. Quem foi dos primeiros (talvez, até, o primeiro) a apontar defeitos do Codigo, quando ainda envolto nos elogios descommedidos, não ha de ser o ultimo a vê-los e descobri-los. *Corrigir e aperfeiçoar o que temos é obra de efficiente patriotismo.*

CAPITULO III

CARACTERISTICAS DO DIREITO BRASILEIRO E TRAÇOS PROPRIOS DO CODIGO CIVIL

§ I — CARACTERISTICAS

Seria impossivel que existissem dois povos *iguaes*: mudam as condições ambientes e mudam os individuos. Igualdade hoje, desigualdade amanhã. De modo que admittil-o, absurdamente, seria effeito subitaneo. Cada povo, cada alma, cada modo de viver.

215. O Code Civil e o Codigo Civil austriaco. — Com o surto do racionalismo, dois codigos surgem no começo do Seculo XIX: o *Code Civil* e o austriaco. Um trazia, através do absolutismo, a mesma preoccupação de "razão", de "direito natural", a que chegava o outro através da Revolução. A Declaração civil de direitos está em ambos. Em ambos floresce a philosophia do Seculo XVIII, mas duras ainda se acham, e indispregaveis, as raizes do direito romano (patrio poder, direito de propriedade, demasiado rigida e irreductivel separação entre direitos *in rem* e *in personam*, regime dotal e successão). Entre os dois codigos é facil notar o que a meditação aprioristica, o amor do pensamento e a confiança na Razão, deixaram de impecaveis e maleficas symetrias (direito das succes-

sões, por exemplo), de soluções simples e bellas, mas injustas e desastrosas.

São os dois codigos que o Brasil estuda no Seculo XIX, quando desfita os olhos das *Ordenações* do Seculo XVII.

Fundado o Imperio, virá, em seguida ao pujante periodo da Regencia, o reinado do Imperador D. Pedro II, bom, amante das sciencias, cujos mestres europeus attrae ao Brasil. Ainda hoje desfruta o país os beneficios desta éra, em que se teve religião sem se ter clericalismo, e houve estadistas sem as violencias republicanas.

216. O Brasil em 1889. — Perto de 1889 cresce a onda das doutrinas livrescas, a invasão da literatura politica francesa. Ter-se-á, durante o II Imperio, para corresponder ao doutrinador Saint-Simon, um discipulo pratico, que representará papel importantissimo na historia economica do Brasil, — o Visconde de Mauá, e ter-se-á, depois, a campanha contra a escravidão, a rhetorica de Ruy Barbosa, o positivismo comtiano dos demais fundadores da Republica. Só na sciencia juridica, nas sciencias naturaes e, recentemente, na medicina, o influxo verdadeiramente scientifico se sentirá; influxo este *buscado* pelo brasileiro e não derivado da immigração: os descendentes de alemães, franceses, ingleses, que figuram na historia politica, são espiritos profundamente dominados pela opinião de Paris, e a chamada "escola do Recife", que foi o unico movimento philosophico sério, directamente ligado á philosophia alemã, e da qual saiu, pode-se dizer, o Codigo Civil, e mais do que o Codigo Civil, era composta de brasileiros. Entre elles poderia ser misturado a sangue germanico o de alguns, devido ao longo e ainda pouco estudado dominio hollandês em Pernambuco e Alagoas, mas certo é que proximamente nenhum revela isto.

217. **Direito brasileiro, affectividade, conteúdo ethico.** — Que é que caracteriza o direito brasileiro? A tolerancia, a affectividade, cercadas, porém, de suggestões patriarcaes e capitalistas. Aquella tolerancia e aquella affectividade têm um lado bom, que é o de maior adaptação humana, menor despotismo, e outro máu, que é o não resistir a elementos perniciosos e ser demasiado absolvente, ás vezes indifferente aos proprios direitos. Dois effeitos distinctos, como distinctas as causas: formação americana do sentimento, livre da violencia peninsular; restos do indifferentismo juridico da economia escrava.

Tratemos da primeira. Quem folheia os actos portugueses para o Brasil, nota-lhes a dureza, a arbitrariedade governamental, o imperialismo que só vê a força e a industria espoliativa.

Quando, no Seculo XVIII, é um brasileiro, Alexandre de Gusmão, que vae escrever a Carta regia de 20 de janeiro de 1745, ao corregedor do crime na Côrte, já não é a linguagem rispida, dura, dos colonizadores, que apparece, mas considerações avançadas, sabias, adaptantes, como as que seguem: "Sua Majestade me manda advertir a Vossa Mercê que as leis costumam ser feitas com muito vagar e sossego, e nunca devem ser executadas com acceleração, e que, nos casos crimes, *sempre ameaçam mais do que na realidade mandam,* devendo os ministros executores dellas modificá-las em tudo que fôr possivel, porque o legislador é mais empenhado na conservação dos vassalos do que nos castigos de justiça, e não quer que os ministros procurem achar nas leis mais rigor do que ellas impõem". Ora, este liberalismo se reflecte em toda a legislação posterior e ainda nos proprios actos de imperialismo politico, facilmente comprehensiveis num povo, que foi, durante quasi um seculo, o unico Imperio americano. Na evolução do *habeas-*

corpus, que escapa ao objecto deste livro, na garantia de igualdade de direitos a brasileiros e estrangeiros (Constituição, art. 72, pr.), na regra constitucional de arbitramento para as questões internacionaes e o *record* actual de tratados de arbitramento, em muitos outros actos politicos e legislativos, accentúa-se a "tolerancia", o "amor de justiça" dos descendentes do peninsular aventureiro, violento e voraz.

Muitas regras, que a vida colonial e imperial inspirou, perderam a razão de ser, e desappareceram. Por exemplo: em geral, acabaram as disposições sobre validade de escriptos particulares, para os casos de serem longe os cartorios de tabelliães. Hoje, com as facilidades de communicação, o legislador as despreza. Se attendermos a que eram muitas e minuciosas, veremos que assaz se simplificou o direito civil brasileiro. Mas algumas persistem, aqui e alli, no direito processual de alguns Estados.

O Codigo Criminal de 1830, assaz severo, não se limita a copiar o francês: altera-o, em parte por influencia de Bentham, e em parte por conta propria. Tivemos, então, a indemnização do damno ex-delicto, com certa largueza, confiada, porém, ao juiz criminal (art. 21-32); e se valia a pena redigir taes regras, mostra-o, hoje, o Codigo Civil, que nelle se inspirou, se bem que entregando ao juiz do civel a competencia. Tivemos a theoria da cumplicidade criminal, em que a lei brasileira se antecipou, como mostrou J o ã o V i e i r a , á escola positiva italiana. Mas certo é que no Codigo de 1830 como que se fermenta, entre rasgos de violencia organizadora, de origem peninsular e de excepções menos brutaes (v. g. art. 43, só depois de quarenta dias do parto se poderia julgar a mulher), o nosso direito como que se desprende, aos poucos, das origens despoticas. Technicamente, é superior ao Codigo Penal vigente.

Nas regras do art. 183 I-VIII, do art. 248 IV, dos arts. 765, 970-971, do art. 1.177, evidencia-se o conteúdo ethico preponderante, da lei brasileira. No art. 1.569, novos exemplos apparecem.

E' um direito mais preoccupado com o circulo social da familia do que com os circulos sociaes da nação, das classes. Quando cogita de classes, é com certo capitalismo indisfarçado, porém ingenuamente convencido da sua funcção de consolidação e justiça social. Os arts. 315 paragrapho unico, 331, 447, 460, 461, 464, 470, 477, 744 denunciam a preponderancia do circulo de familia, ainda despoticamente patriarcal (186, 233, 329, 380, 384, 393, 407).

Na permissão de só testar até metade dos bens, se houver herdeiros necessarios, quis a lei brasileira pôr no mesmo grau de importancia o interesse social, que, no systema do Codigo Civil, se confunde com o da *familia*, que assaz se parece com o patriarcalismo da Russia antes da Revolução, e o interesse individual. Esta igualização, este meio termo, não foi estranho á technica legislativa em 1907 e no Codigo Civil. Neste mesmo sentido, adoptará a successão entre conjuges, por influencia do direito uruguayo-argentino: o interesse social é o do lar e os collateraes são menos da familia que o outro conjuge.

Em contraposição ao direito feudal, a que chamou "odioso", considerou Clovis Bevilaqua direito "affectivo" o brasileiro: disposições caracteristicas e sobretudo certas interpretações resultaram de causas sentimentaes. Attribue ás tres raças. E' bem possivel; mas não é, como pareceu ao autor do Projecto do Codigo Civil, um beneficio. Impulsos idealistas e "tendencia a permittir, e não negar", se facilitam a obra de liberdade aos que della precisam, afrouxam a funcção de "defesa social" que ha nos systemas juridicos. Os phenomenos

recentes de despotismo e de recúo na concessão de liberdades, reacção exagerada, sensivel, em 1925, no trabalho de revisão da Constituição Federal, são as graves comprovações do caminho errado em que pusera o Brasil a *Gefühlsjurisprudenz*. Certamente, ás vezes acertou; mas, quer na applicação das leis, quer na feitura dellas, os damnos são maiores. Com a facilitação do *habeas-corpus*, doutrina para a qual conscientemente concorremos (1), a tendencia *a não resistir* levou a justiça a concessões desastrosas e agora, com as alterações no texto constitucional, talvez se perca quasi todo caminho laboriosamente ganho com os esforços sensatos de alguns grandes juizes e doutrinadores.

Na elaboração do Codigo de Trabalho, taes medidas se adoptaram, que por fim se sacrificou, com o Codigo, todo o bem que delle poderia advir. Na parte de direito de familia, o sentimentalismo, a rotina sensivel ao romanismo dos direitos do pae e a mentalidade reaccionaria que vê nos parentes os unicos resolvedores das promoções de interdicções e aberturas de inventario, estão a criar, do lado opposto, o movimento — forçosamente exagerado — que compense as violencias interpretativas e, dado o estado presente (economico-moral) da nação, das proprias disposições legislativas, ainda não á altura das exigencias da vida.

O art. 394 do Codigo Civil, que corresponde ao art. 233 do Codigo Civil italiano e aos §§ 1.546 e 1.547 do Projecto e §§ 1.666 e 1.667 do Codigo Civil alemão, difficilmente póde ser applicado e as nossas longas sentenças tinham, para o ambiente reaccionario, o caracter de doutrina revolucionaria, se bem que, feitas as provas irrecusaveis, expusesse, com minucia, arrimado a dezenas de autores alemães e italianos, a dif-

(1) *Historia e Pratica do Habeas: direito positivo comparado, constitucional e processual*, 1ª edição, Rio de Janeiro, 1916.

ferença entre o direito do Codigo Civil e o direito anterior, que apenas conhecia pequenas e inefficazes alterações ao patrio poder. Sómente se suspendia o patrio poder, no caso de ausencia ou incapacidade do pae. Se occorresse prejuizo aos bens, causado pelo pae, podia ser-lhe tirada a administração; e, se enfermidade o impedisse de administrar, nomear-se-ia tutor ou curador, sem se prejudicarem os outros direitos. Nada mais.

218. Critica á benevolencia juridica. — A benevolencia juridica, o exagerado affectivismo, que Clovis Bevilaqua hoje reconhece como caracteristica, e cerca de elogios, constitue defeito de energia, resulta do elemento negro mesclado á população e disto já se persuadira o proprio Clovis Bevilaqua em 1894, quando escreveu, na *Revista Contemporanea,* que della vinha a "benignidade juridica". Vamos além: o negro, sem direitos, *coisa,* não reivindica privilegios, não podia reclamar direitos, pois que os não tinha; esta *inacção juridica* actúa, hoje, no direito brasileiro, e devemos combatê-la, para que se apresse a eliminação social deste affectivismo, desta incombatividade, deste conformar-se servil, que provém da massa de homens sem posses, sem personalidade, da massa de homens "possuidos", dos homens-coisas, que as leis biologicas e a hereditariedade social ainda reproduzem depois da abolição da escravatura.

Por isto mesmo que *sem direitos,* o negro não alterou, não modificou o nosso direito civil: a acção delle é meramente passiva. No que concerne ás relações de criadagem, podemos caracterizar a influencia delle pelo retardamento da evolução deste direito: o criado brasileiro não reivindica, — como que continúa a servir, *liberto,* ao antigo senhor; as tentativas de

modernizar a locação de serviços são infrutiferas, porque es barram na dupla indifferença, do patrão e do empregado domestico. Aquella, verificavel nos proprios estrangeiros residentes no Brasil, está, para esta, como o carimbo para a imagem impressa.

O negro e o indigena entram como influencias biologicas, e não sociologicas, isto é, de factos sociaes a factos sociaes Não ha institutos de direito negro ou indigena no direito brasileiro; mas ha factores negro e indigena no modo de ser e na actividade juridica do brasileiro: estas influencias terão de passar, e é proveitoso que se accelere a extirpação dos inconvenientes, que dellas derivam.

O elemento italiano e o alemão, principalmente este, concorrem fortemente para a formação de outros costumes juridicos. O exemplo mais notavel é o que se observa no sul do país. Temos a partilha dos bens herdados. Para obviar aos gravissimos inconvenientes da igualdade hereditaria entre filhos, os teuto-brasileiros adjudicam a um a *fazenda* e pagam aos outros as respectivas quotas, á vista ou a prazo.

Criadores da alma nacional e elementos dominadores pela penetração em todo o país, que os caracteriza, o typo nordestino, o bandeirante paulista e o sul-riograndense alguma coisa mantêm, sua, em toda a vida nacional.

Das condições mesmas da vida alguns costumes são typicos: no Norte do Brasil, por exemplo, desde a Bahia ao Ceará, o *coqueiro* representa bem productivo, e como pode ter sido plantado em terra de outrem, com o consentimento, expresso ou tacito, ou ter sido comprado ao proprietario da terra, criou-se esta figura exotica, a que já me referi, da "propriedade da planta", separada da "propriedade do terreno".

Mas o nosso assumpto não é o trato das caracteristicas de costumes juridicos nacionaes, e sim do Codigo Civil. Aquella "affectividade", aquelle "liberalismo" excessivo, a que alludimos Bevilaqua e eu, porém com differentes accepções, chega a conclusões más, como a repulsa da jurisprudencia a toda medida de prisão em materia civil, inclusive quanto á administradores estranhos de herança, a intensa propaganda contra a lei de imprensa, as hostilidades sentimentaes a direitos do fisco e a tudo quanto possa permittir, em contrario, a invocação de principios *a priori* de liberdade individual. Apriorismo da Revolução franceza, positivismo de Comte, plutocratismo liberalista, grandes haveres fundiarios de associações religiosas, tudo isto concorre para o entrave da evolução economica do país e, principalmente, do Estado. Em nenhuma nação seria mais opportuna a diffusão de concepção do socialismo de Estado, afim de que, por intermedio della, viessem as medidas eugenicas, a instrucção publica obrigatoria, o serviço militar geral associado a serviço do Estado (estradas de ferro, estradas de rodagem, etc). Por outro lado, maior rigor na prevenção de certos crimes e menor na punição de outros.

219. Traços proprios do Codigo Civil. — A grande extensão territorial do Brasil inspirou, no direito anterior ao Codigo, o systema do art. 2 da Introducção, que ainda terá de passar pelas alterações que as novas condições de população aconselharem.

O nacionalismo do Senado Federal deixou os traços caracteristicos que se nos revelam no art. 8 *in fine*, e 14, ultima parte, da Introducção.

O art. 9 II da Introducção (dupla nacionalidade) deriva do Projecto revisto, art. 20, e constituiu, em relação aos outros codigos, novidade.

O art. 10 da Introducção provém do *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 411. Constitue traço geral do direito sul-americano (Codigo Civil argentino, art. 11, colombiano, art. 20, uruguayo, art. 5, venezuelano, art. 8, cp. chileno, art. 16). Se o compararmos com o Code Civil, art. 3 2ª alinea, italiano, art. 7 das disposições preliminares, espanhol, 10, e tres latino-americanos, o da Bolivia, art. 3, o do Perú, art. 5 do titulo preliminar, o mexicano, art. 13, facilmente perceberemos a differença.

O art. 25, que differe do Codigo Civil suiço, art. 83 3ª alinea, é mais feliz do que este. Bem assim, os arts. 26, 27, 28, 30, sobre fundações. Em materia de domicilio, os arts. 37, 40 (quanto á prisão de desterro), 41, 44 III, e sobre nullidades (145, 147, 152 e paragrapho unico, 153, 208), sobre dolo (81. 93-97), simulação (104, 105), fraude contra credores (113), encargo (128), têm algo de novo.

A mãe, que contrae novas nupcias, perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do patrio poder (Codigo Civil, art. 393 1ª parte, B. G. B. § 1.697, argentino, art. 308, uruguayo, art. 294, peruano, art. 293); mas, enviuvando, os recupera (art. 393 2ª parte). O dispositivo brasileiro é melhor do que o B. G. B. § 1.697, se bem que tivesse podido a doutrina alemã dar melhor interpretação ao § 1.697. O Projecto de Clovis Bevilaqua, art. 461, foi manifestamente feliz e afastou a interpretação restringente que se daria ao art. 393, como se deu, na Alemanha, ao § 1.697. Na Alemanha, se o novo casamento da mãe se dissolve (por morte do marido, divorcio ou segundo o § 1.348 alinea 2ª), não lhe voltam os direitos do patrio poder sobre os filhos do primeiro casamento,

de modo que a tutela sobre elles terá de continuar (1). Foram os documentos parlamentares que levaram a isto (2). No Brasil, tambem os recupera, se for nullo, salvo se declarado putativo quanto ao pae.

No direito anterior, a acção de desquite podia ser promovida pelo ascendente, irmão ou descendente, se incapaz o conjuge (Decreto n. 181, de 1890, arts. 76, 80, 81). Em virtude de considerações moraes excluiu-se o descendente (Codigo Civil, art. 316 paragrapho unico).

O que resarcir o damno causado por outrem, se este não for descendente seu, pode rehaver, da pessoa por quem pagou, o que houver pago (art. 1.524). A excepção — "se este não for descendente seu" — constitue particularidade, com fundamento ethico-affectivo, do Codigo Civil brasileiro. Cp. espanhol, art. 1.904, argentino, art. 1.123, chileno, art. 2.325, uruguayo, art. 1.326.

O marido não pode doar sem outorga da mulher (art. 235 IV), mas o art. 236 permitte que, ainda sem consentimento della, faça doações nupciaes ás filhas ou doações aos filhos, por occasião de se casarem, ou de estabelecerem economia separada. Foi criação do Projecto revisto (*Actas*, pag. 91): se consistirem em bens proprios do marido, nenhuma duvida surge; se *communs*, a communhão não impedirá que se applique a permissão do art. 236: serão descontados á metade do marido (art. 263, V) e só se permittem de acôrdo com os arts. 1.175, 1.176. O que se quis foi favorecer a solidariedade

---

(1) Beschl. d. Kammerger. 28 de novembro de 1904; *Entsch. in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtbarkeit*, vol. 5, pag. 133 e seguintes.

(2) *Stenographische Berichte des Reichstags*, pag. 685. UNZNER, em PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. IV, nota 8, W. E. KIVITSCHKY, *Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem B. G. B.*, Berlin, 1899, pag. 264; THEODOR ENGELMANN, em J. v. Staudingers *Kommentar*, vol. IV, 2ª parte, pag. 1.053.

familiar, — traço affectivo, que se nota em muitos lugares do Codigo Civil. O art. 236 reflecte, porém, a precaridade da situacção da mulher brasileira, ainda hoje: não se disse "doações aos filhos e ás filhas, por occasião de se casarem, ou de estabelecerem economia separada", mas "doações nupciaes ás filhas ou doações aos filhos, por occasião de se casarem ou de estabelecerem economia separada". Devia ter cogitado da filha que, não se casando, quer, no entanto, estabelecer vida autonoma, "economia separada". O Codigo Civil terá de attender aos phenomenos de symetrização economica da mulher ao homem, já iniciados e em plena ascensão na vida do país.

As despesas de enterro, feitas por terceiro, podem ser cobradas de quem teria a obrigação de prestar alimentos ao que falleceu (art. 1.342). O paragrapho unico, oriundo do Projecto revisto, accrescenta que esta cobrança não será possivel se se provar que foram feitas "com o simples intento de bem fazer". Note-se a delicadeza affectiva desta norma.

No art. 537 vinga a doutrina de que as ilhas nascidas nos rios publicos pertencem aos proprietarios das margens, e não ao Estado. Se attendermos a que, com isto, a consciencia juridica resistia ao Codigo Civil francês, art. 560 e 561, ao chileño, art. 597, e ao português, art. 2.294, e se procurarmos os argumentos que auxiliaram a recrystallização da regra romana, veremos que, não só prevaleceu a technica interpretativa recommendada, como tambem certo rasgo de benemerencia do Estado, qual se vê do seguinte: "Que monta ao Estado" (diz o conselheiro Lafayette Pereira), "senhor entre nós de vastos dominios sob o nome de *terras devolutas* adquirir a propriedade de uma ilhota que nasce no meio de algum rio navegavel, ou do alveo do rio que muda o curso? No entanto, a aquisição dessa ilhota ou do alveo abandonado pode ser de grande vantagem ao pequeno proprietario das margens".

No art. 829, mais uma vez se affirma a generosidade do Estado, que em varios lugares renuncia a privilegios e garantias. As dividas provenientes de obrigações *ex delicto* serão pagas pelos bens do criminoso antes de se pagarem as penas pecuniarias e as custas judiciaes.

Beberam-se em phenomenos da vida agricola do Brasil os arts. 1.230, 1.235, 1.236.

I. Os melhores artigos novos foram os que provieram do *Esboço* e dos Projectos fundamentaes: Dos inspirados no *Esboço* de Teixeira de Freitas, os concernentes á lei reguladora dos bens moveis e immoveis (Introducção, art. 10), ao domicilio (art. 37, 40), e as regras dos arts. 45, 49, 58, 60, 69, sobre classes de coisas e bens, 81, 93-97 (dolo), 102 (cp. B. G. B. § 117), 104, 105 (simulação), 113 (fraude), 117, 128, (encargo), 129, 147, 152 e paragrapho unico, 153, 222, 253, 277, 293, 299, 300-301, 313, 314 paragrapho unico, 364 1ª parte, 375, 377 1ª parte, 402, 428, 510, 540, 547 (quanto á construcção), 595-598 (caça), 602 (pesca), 624 paragrapho unico, 630, 632 1ª parte, 636, 637 § 1º (cp. B. G. B. § 745), 639, 640, 643-645, 647, 648, 675, 726 paragrapho unico, arts. 727, 728, 740, 743, 744, 747, 865-875 (obrigações de dar coisa certa), 876, 877 (obrigações de dar coisa incerta), 879-886 (obrigações de fazer, de não fazer e alternativas), 890, 894 pr., 895 (obrigações divisiveis e indivisiveis), 901, 902, 906-909, 912 paragrapho unico (solidariedade), 916, 923, 927, 928, 931 (menos feliz no Codigo Civil), 951-954, 960-962, 964 2ª parte, 968 e paragrapho unico, 974, 987, 988, 991, 995-997, 1.003, 1.004, 1.006-1.008, 1.011, 1.012, 1.016, 1.027 1ª parte, 1.028 I, 1.031 §§ 2º e 3º, 1.050, 1.052, 1.081 I, 1ª parte (depois, I Projecto alemão § 82), 1.085 (cp. lei suiça de 1911, art. 9 ultima parte, e Codigo Civil argentino, arts. 1.150, 1.155), 1.092 1ª alinea (*Esboço* de Teixeira de Freitas, art.

1.955), a generalização do art. 1.107 (*Esboço*, art. 3.510) e a dos arts. 1.118 (*Esboço*, art. 2.109, *Trabalhos*, vol. VI, pag. 383), 1.121, 1.144, 1.160, 1.203 (B. G. B. § 556 3ª alinea), 1.218, 1.224, 1.307 1ª alinea (depois, italiano, art. 1.744), 1.317, 1.337, 1.338 paragrapho unico, 1.364 (cp. Lei francesa de 1 de julho de 1893), 1.378 (fonte do argentino, art. 1.704, cp. B. G. B. § 706 2ª alinea 1ª parte), 1.397 (fonte do argentino, art. 1.749), 1.429 (fonte do argentino, art. 2.084, do uruguayo, art. 2.188, cp. chileno, art. 2.265), 1.480 (fonte do argentino, art. 2.068, e do uruguayo, art. 2.179), 1.539 (combinado com I Projecto alemão § 726). Teixeira de Freitas foi o grande inspirador da Parte Geral e do Direito das Obrigações. No Direito das Coisas, em materia que mui de perto interessava á vida economica das classes pobres do país: caça, pesca.

II. Do *Projecto de Felicio dos Santos* provêm os arts. 132, 235 (em parte), 261, 275 (Bevilaqua, art. 322), 288, 461, 497 1ª parte, 1.210 (cp. Code Civil, art. 1.758). 1.220, 1.227, 1.228 (involução, se o compararmos com as *Ordenações* do Seculo XVII), 1.229, 1.231, 1.232, 1.234, 1.334 1ª parte, 1.404, 1.422, 1.567, 1.617. Espirito patriarcal, restricto, rotineiro, que constitue, com a Commissão revisora e Andrade Figueira, a corrente tradicional, rigorosamente conservadora, na formação do Codigo Civil. Alguns dispositivos como os dos arts. 1.422, 1.673 (cp. B. G. B. § 2.088) são bons. De Almeida e Sousa (*Obrigações reciprocas,* § 623) tirou o art. 1.794 (cp. português, art. 2.105).

III. Do *Projecto de Coelho Rodrigues,* prevaleceram as seguintes disposições principaes: art. 3 da Introducção: art. 25 do Codigo (cp. Codigo Civil suiço. art. 83 3ª alinea), 26 (cp. B. G. B. § 80, suiço, art. 84), 27, 28 (cp. suiço, art. 85, B. G. B. § 87), 30 (revisto, art. 37: "ou vencido o prazo

da sua existencia), 44 III, 62, 68, 79, 80, 83, 112, 116 1ª parte, 127 (cp. B. G. B. § 271 e direito romano), 139, 174, 214, 217 (cp. suiço 133), 220, 238 (cp. português 1.114), 249 (cp. português 1.191 §§ 2, 3), 250, 260 (cp. Code Civil 1.562, italiano 1.408), 282, 294, 316 paragrapho unico, 335 (revisto, art. 417), 351, 356, 366, 369, 375 (cp. espanhol, art. 180), 391 I, 471 1ª parte, 471 e §, 474, 518 1ª parte, 578, 580 (cp. argentino art. 2.725). 691, 697, 714, 752, 753, 766 (cp. Code Civil, art. 2.083, italiano, art. 1.889, espanhol, art. 1.860, venezuelano, art. 1.927, do Montenegro, art. 211), 770, 776 (cp. B. G. B. § 704, 559, 585, austriaco art. 1.101), 777-780. 782, 784 (cp. lei suiça, art. 885), 785, 787, 788, 790-795, 796-801, 803, 804, 817 (cp. Code Civil, art. 2.154), 820, 821-823, 829, 836-837, 839-843, 852-855, 858 (melhores o italiano, art. 1.941, e o venezuelano, art. 1.991), 924 (inspirado no *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 998, cp. argentino, art. 660), 947 §§ 2-4 (cp. lei suiça, art. 84), 949, 969. 976 (cp. B. G. B. § 374, mais completo), 1.015 III, 1.053, 1.070 (cp. Code Civil, art. 1.141, português 790, argentino, art. 1.466, 1 470), 1.090 (cp. português, art. 685, espanhol, 1.289), 1.127 §§ 1º e 2º, 1.167 (cp. italiano, art. 1.051, espanhol, art. 619, 622, austriaco, § 940), 1.202, §§ 1º e 2º, 1.238 2ª parte, 1.240 (cp. Code Civil, art. 1.790), 1.271 2ª parte, 1.276, 1.277, 1.282 I, 1.286 1ª parte, 1.313 (cp. lei suiça, art. 397, e Codigo Civil argentino, art. 1.938). 1.323, 1.338 (cp. espanhol, art. 1.891. argentino, art. 2.294), 1.340 (cp. B. G. B. § 680), 1.351, 1.474, 1.498 (cp. lei suiça, art. 503, Codigo Civil mexicano, art. 1.734, do Montenegro, arts. 462, 463), 1.524 (cp. Codigo Civil espanhol, art. 1.904, argentino, art. 1.123, chileno, art. 2.325), 1.533, 1.545, 1.566 VII, 1.652 (cp. boliviano, art. 569), 1.654, 1.655, 1.784.

IV. Os dispositivos do *Projecto de Clovis Bevilaqua*, que constituem elaboração propria, caracterizam-se mais pela funcção de ordenação das materias do que pela criação de regras novas (5 III e IV, 7, 13, 17, 553, 642, 1.162, 1.344, 1.365, 1.426, 1.631), ou adaptação á estructura juridico-politica do Brasil (22, 40, 1.017), ou são definições e conceitos (48, 51, 610, 755, 1.013 1ª parte, 1.035, 1.265, 1.431), ou principios theoricos de direito (75, 1.079). Mas têm valor como regras juridicas os arts. 41 (cp. Codigo Civil espanhol, art. 40 2ª parte), 48, 75, 116 2ª parte, 145, 208, 251 e paragrapho unico, 254, 306 e paragrapho unico, 328 (cp. espanhol, arts 70, 71, português, arts. 1.093, 1.094), 332 (com emenda de Ruy Barbosa na 2ª parte), 393, 432, 458, 471 2ª parte, 478, 498, 555, 570, 590 § 2º I-IV, 611, 637 § 2º, 650, 658, 659, 660, 749, 751, 760 2ª parte, 786, 810 IV, 830, 894 paragrapho unico, 967, 994, 1.018, 1.032 paragrapho unico, 1.036 ultima parte, 1.064 pr., 1.069, 1.129, 1.151, 1.168, 1.181 paragrapho unico, 1.193 paragrapho unico 2ª parte, 1.209, 1.219 (cp. B. G. B. § 614), 1.221 paragrapho unico (cp. B. G. B. § 621), 1.261, 1.279 paragrapho unico, 1.306, 1.333, 1.360 (cp. Codigo Civil português, art. 600, mexicano, art. 1.178), 1.413, 1.415, 1.427 (cp. espanhol, art. 1.805, Code Civil. 1.978), 1.520, 1.536 (com emenda da Camara dos Deputados), 1.546 (com emenda da Camara dos Deputados), 1.549, 1.609, 1.610, 1.635 (cp. italiano, art. 786, B. G. B. § 2.243, argentino, art. 3.651), 1.666 (cp. B. G. B. § 2.084), 1.737, 1.767. Ao todo: cerca de 65 boas regras dentre as 135 disposições com que o Projecto de Clovis Bevilaqua concorreu.

Foi Clovis Bevilaqua o mais favoravel á mulher (251 e paragrapho unico, 254, 287, 393, 414 I), á filiação illegitima

(367) e á solidariedade familiar (332, 409, 416, 447, 467), bem como o mais conciliante (478, por exemplo).

V. Do *Projecto revisto,* promanam, como principaes dispositivos novos, os arts. 236, 414 III, 469, 554 (cp. B. G. B. § 906), 568, 673, 698, 836 2ª parte, 878 (cp. Code Civil, art. 1.237), 905 2ª parte, 925, 940 (cp. austriaco, § 1.426 2ª parte), 941, 958 (com emenda do Senado Federal), 1.026 paragrapho unico, 1.028 II e 1.029, 1.043, 1.057 (cp. lei suiça de 1881, art. 113, de 1911, art. 99, argentino, art. 511, B. G. B. § 521), 1.067 paragrapho unico, 1.088, 1.091 1ª parte (cp. B. G. B. § 308), 1.092 paragrapho unico (cp. B. G. B. § 326, melhor), 1.092 paragrapho unico, 1.093 2ª parte, 1.134 1ª parte, 1.138 (cp. B. G. B. § 469), 1.150, 1.193 paragrapho unico 1ª parte, 1.199, 1.287, 1.291, 1.295 § 2º, 1.327, 1.328, 1.339 §§ 1º e 2º, 1.342 paragrapho unico, 1.347 (cp. austriaco, § 1.170, lei suiça de 1911, art. 393, e alemã § 47), 1.398, 1.664, 1.691, 1.709.

Da doutrina anterior extraiu os arts. 74, 230, 427 I, 575, 589 § 2º, 1.097, 1.021 1ª alinea, 1.088, 1.179, do direito romano o art. 283, e do direito anterior, os arts. 1.163, 1.325, 1.366. Ha certo valor technico nos dispositivos provindos do Projecto revisto, e sente-se, em alguns, patriarcalismo, preoccupação do circulo social da familia, só menor do que no Projecto de Felicio dos Santos.

VI. Do *Projecto da Camara dos Deputados* derivaram alguns dos principaes artigos novos e são os que seguem: 9 V, 12 II-IV, 44 II, 67 (cp. Code Civil, art. 537), 196, 219, 247 paragrapho unico, 259, 268, 311, 363 (com emenda de Ruy Barbosa, responsavel pelo final do n. II), 471 §§ 1º e 2º, 594,

601 (cp. chileno, art. 616), 632 2ª parte, 633, 649, 656 e paragrapho unico, 659 paragrapho unico, 667 e §§ 1º e 2º, 891 paragrapho unico, 893, 989 (cp. argentino, art. 771 § 1º, e uruguayo, art. 1.473, 1º, differentes), 1.064 2ª parte (veja Capitulo VI), 1.148, 1.158 paragrapho unico, 1.217, 1.222, 1.235, 1.289 §§ 1º e 2º, 1.330, 1.479 (cp. B. G. B. § 764), 1.499, 1.571, 1.604, 1.798 (cp. Code Civil, arts. 875, 876, português, art. 2.123, italiano, arts. 1.030, 1.031).

Algumas são medidas praticas, inspiradas por phenomenos da vida brasileira, como o art. 1.236; outras, correcções aos Projectos de Bevilaqua e revisto, ou disposições suggeridas pela falta de leis sobre o direito ao nome (art. 1.289 § 1º); outras, emfim, de feição politico-juridica (art. 1.571).

Nem todos os artigos revelam o mesmo caracter; procedem, em grande parte, de pessoas de differentes mentalidades e profissão, convidadas pela Camara, como Andrade Figueira e Amaro Cavalcanti.

VII. Devem-se ao *Senado Federal* as seguintes regras principaes: arts. 2, 8 *in fine*, 14 ultima parte, da Introducção; 5 I do Codigo, 6 I, 15, 291 (cp. boliviano, art. 984 pr.), 331 432, §§ 1º e 2º, 441 (cp. Code Civil, art. 474, italiano, art. 308), 818, 1.236, 1.230, 1.236, 1.445 (veja *Incorrecções*, cp. V), 1.471, 1.473, 1.627 I, 1.644, 1.676-1.677, 1.679, 1.796 § 1º e 2º. Em geral, foram boas as innovações: caracterizam-se pelo nacionalismo do Senado de então, por medidas de valor na vida agricola, como as dos arts. 1.230, 1.236.

Pena é que se lhe possa imputar a feitura dos arts. 1.445 e 1.522.

§ II — RELAÇÕES COM OS OUTROS CODIGOS SUL-AMERICANOS

O direito brasileiro actuou no direito dos outros povos americanos e delles recebeu fortes suggestões e influencias.

220. Influencia de Teixeira de Freitas.— Um dos vehiculos da influencia *activa* foi, como nenhum outro, o *Esboço* de Teixeira de Freitas. Sobre este, escreveu o jurista argentino Salvat, referindo-se ás fontes do Codigo Civil da sua patria. "la más importante, la que más ha influido es sin duda el proyecto de Freitas". Ainda hoje, recorrem ao *Esboço* como esclarecedor e completador de dispositivos, v. g.: o art. 58 e nota, para o art. 67, no dizer o que sejam as "medidas policiaes", a que o mesmo artigo se refere; o art. 61, 1º, para interpretar a confusa redacção do art. 69 (o y do texto argentino deve estar depois da palavra "*parto*" e não da palavra "*vida*"); na theoria do erro essencial; na theoria das nullidades por violencia, fraude e simulação; na differença entre actos nullos e annullaveis; e em todos os tres primeiros dos quatro livros do Codigo Civil argentino.

A America do Sul, podemos dizer, tem, praticamente, um direito: o que surge, trazido pela tradição ou elaborado pelo genio legislativo de Freitas, nos quasi cinco milheiros de artigos do *Esboço*. Todas as leis civis posteriormente votadas pelos povos sul-americanos por vezes manifestam ser tiradas delle, ou directa ou indirectamente (através do Codigo Civil argentino, uruguayo ou da doutrina dos tres paises) por elle influenciadas. Addicione-se a isto o que, na elaboração do Codigo Civil brasileiro, se aproveitou dos outros codigos latino-americanos, e podemos dizer que já existe, caracterizado, um direito civil latino-americano, que reformou, melhorou ou pro-

fundamente corrigiu o direito peninsular, o francês e a doutrina alemã, que se trouxe menos com os colonizadores, com as relações intercontinentaes, do que com a leitura dos livros europeus.

221. **Tres codigos e tres psychologias.** — Entre os Codigos, certamente, ha differenças, inclusive algumas que provêm de circumstancias historicas: o liberalismo do Codigo Civil brasileiro é sempre o liberalismo de um povo que construiu um Imperio constitucional, racionalista, quasi secular, e a ambição de sciencia e de "justiça idealista", que o move, ha, forçosamente, de se reflectir nas leis, em comparação com as dos povos vizinhos, mas é innegavel o seu afêrro "ao Seculo XVII lusitano", á estructura catholico-feudal da familia. O argentino, ainda que assimilasse o *Esboço* de Freitas, constitue efficiente instrumento para sociedade preponderantemente economica e interessada em fortalecer os laços familiares. Mais ousada, mais instavel, a legislação do Uruguay, onde a relativa pequenez do territorio e da população, ao lado de maior alastramento do ensino, permitte mais facil manejo do governo, da funcção legislativa e das reformas. Mesmo sob a elegancia discreta da sua forma concisa, trabalhada pela preoccupação, um tanto cortesã, de estylo, o Codigo Civil brasileiro é menos adolescente que de idade austera, — e a legislação uruguaya, inquieta, progressista, juvenil. Os uruguayos enthusiasmam-se com as suas reformas; o Brasil recebe com relativa frieza, com insaciabilidade technica, a lei que lhe saiu de cinco projectos, de 1860 a 1899, e dos pareceres de commissões e trabalhos parlamentares, ás vezes minuciosos e nitidamente representativos das correntes conservadoras e liberaes do espirito brasileiro.

222. O direito de familia, nos primordios da civilização sul-americana. — Nos primeiros tempos da colonização européa na America, as classes sociaes estão nitidamente separadas, porém não raro se observa a actuação das mesmas condições sociaes sobre todas ellas. A familia vae passar por periodo de primitivismo patriarcal, assaz accentuado e lamentavel. Eram poucas as mulheres européas que vinham á America: as chamadas "Leys de India" restringiam a saida dellas para as colonias espanholas. Os espanhóes tinham de viver em concubinato ou casar-se com as mulheres nativas. Não podia existir a situação da familia européa. "La union de marido y mujer", escreve Juan Agustín García, "no es tan estrecha y absoluta; los vinculos anteriores, los que forman la familia propia del cónyuge, conservan toda su importancia. Disuelto el matrimonio, la mujer vuelve a ocuparse par su situación social" (1). O affecto conjugal era escasso e raro. A familia vae surgir, com aspectos novos, nos differentes paises, e não é difficil conhecer traços caracteristicos da que se formará no Brasil, na Argentina, no Chile.

Mas, apesar da primitividade das relações conjugaes, em que o homem, no transplantado feudalismo, parece influir e não se deixar influir pela mulher, cedo se observará a actuação, e novas regras — mais symetizadoras que as européas — sentir-se-ão. Uma dellas é a do direito do conjuge á successão do premorto. Partirá do Uruguay (2), mas irá constituir, depois, excellente exemplo de direito civil sul-americano.

Na Argentina, Delfin Bonifacio Huergo sustentara, em 1843, a justiça do direito successorio entre conjuges, em relação

(1) *La ciudad indiana*, 3ª edição, pag. 91.

(2) Lei uruguaya de 13 de junho de 1837.

aos parentes collateraes do premorto (3). Só em 1857, virá a lei do Estado de Buenos Aires. Em 1907, a Lei brasileira numero 1.839, de 31 de dezembro adoptará a solução uruguayo-argentina evidentemente fundada na presumpção de maior affecto.

223. **Traços communs.** — O patrio poder da mãe sobre filhos illegitimos é um dos traços dominantes do direito ibero-americano (*Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.588, Codigo Civil argentino, art. 328, venezuelano, art. 284, peruano, art. 185, chileno, art. 276, mexicano, art. 356) e influiu na peninsula (português, art. 166, espanhol, art. 154, 2ª parte).

Na apreciação da natureza do *direito de autor,* ha traço commum nos povos iberos e ibero-americanos: reputam-no direito real, contra Bluntschli, Lange, Dahn, a que corresponde, na literatura juridica do Brasil, Tobias Barreto, e contra Gerber, que Coelho Rodrigues seguia. Mais uma vez veio o Codigo augmentar a corrente iniciada pelo Codigo Civil chileno.

São artigos peculiares a Codigos sul-americanos, incluido o mexicano: 69 (argentino, art. 2.237), 81 (argentino, 944), 87 (chileno, 1.453, 1.454), 93 (argentino, 934, uruguayo, 1.276, cp. espanhol, 1.270 2ª parte), 94 (argentino, 933), 103 (argentino, 957), 104 (argentino, 959), 146 (argentino, 1.047, chileno, 1.683, uruguayo, 1.561, cp. japonês, 119), 147 (argentino, 406, chileno, 1.682 *in fine,* uruguayo, 1.560 *in fine*), 152 (cp. argentino, 1.046, 1.047), 247 (argentino, 190, uruguayo, 141, 142, chileno, 147, 150), 383 (peruano, 86), 407 (peruano, 307, 308), 419 (cp. mexicano, art. 481, 482), 625 (argentino, 2.687, cp. chileno, 2.307), 626 (cp. argentino, 2.688, chileno, 2.307 2ª parte), 627 (argentino 2.691), 628

(3) *Tesis en defensa de los derechos de la mujer a la sucession de los bienes de su esposo intestado con preferencia a los parientes colaterales*, Buenos Aires, 1843.

(argentino, 2.681), 662 (mexicano, 1.259), 663 (mexicano, 1.158), 664 (mexicano, 1.159), 808 (argentino, 3.254, 3.255), 884, § 2º (argentino, 640), 924 (cp. argentino, 660), 932 (argentino, 728, cp. espanhol, 1.158), 981 (argentino, 766, inspirado em *Marcadé*), 1.026 (argentino, 834, uruguayo, 2.158), 1.027 1ª parte (argentino, 835, *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.200 1ª parte), 1.027 2ª parte (argentino, 836 1ª parte, uruguayo, 2.150), 1.031 (argentino, 851), 1.160 (argentino, 1.400 1ª alinea), 1.187 I (chileno, 1.434), 1.187 II (argentino, 1.863), 1.403 (peruano, 1.691, chileno, 2.105 2ª parte), 1.586 (chileno, 974), 1.600 (cp. argentino, 3.309, 3.310), 1.601 (argentino, 3.308), 1.637 (chileno, 1.019), 1.659 (cp. uruguayo, 822), 1.764 (chileno, 1.280, argentino, 3.855, uruguayo, 970, 971), 1.768 (chileno, 1.300 *in fine*), 1.769 (argentino, 3.854).

Para estas peculiaridades sul-americanas quem mais concorreu foi Teixeira de Freitas. Depois, o Codigo Civil argentino, que, inspirado naquelle jurisconsulto brasileiro, trouxe algo de seu na idéa e na technica. Além dos artigos que apontamos, outros ha que não se acham no Codigo Civil brasileiro, porém, tirados do *Esboço* de Teixeira de Freitas para outros Codigos, pertencem, implicitamente, ao direito brasileiro. O Codigo Civil argentino constitue o grande mediador do genio juridico sul-americano, — conduz para o futuro e para os outros Codigos a inspiração de Teixeira de Freitas, mais fielmente do que o proprio Codigo Civil brasileiro. Podemos dizer que, em muitos casos, o legislador brasileiro só seguiu ao jurisconsulto brasileiro de 1860 devido ao exemplo e ao incentivo do espirito justiceiro de Vélez Sársfield, o codificador argentino.

Bello destino do Genio!

INDICES

INDICE ALPHABETICO DAS MATERIAS

A

E

M

N

O

P

Q

R

S

T

U

V

Z

INDICE DOS AUTORES